

---

# RIVISTA DI DIRITTO DELL'IMPRESA

---

quadrimestrale fondata da FRANCO DI SABATO

diretta da NICCOLÒ ABRIANI, CARLO AMATUCCI, ANTONIO BLANDINI  
ASTOLFO DI AMATO, DANIELA DI SABATO, AURELIO GENTILI,  
VINCENZO MELI, AURELIO MIRONE, GIUSEPPE NICCOLINI,  
ANDREA PACIELLO, FABIO PADOVINI, GIANMARIA PALMIERI,  
VINCENZO RICCIUTO, RENATO SANTAGATA, GIULIANA SCOGNAMIGLIO

---



Edizioni Scientifiche Italiane

---

RIVISTA DI DIRITTO DELL'IMPRESA  
1/2015



**Edizioni Scientifiche Italiane**

## I vantaggi compensativi nella giurisprudenza

di LORENZO BENEDETTI

SOMMARIO: 1. Premessa: l'interesse per un'indagine sull'uso giurisprudenziale dei vantaggi compensativi. – 2. I vantaggi compensativi nella giurisprudenza in materia di onerosità o gratuità degli atti da assoggettare a revocatoria fallimentare: inquadramento sistematico dei vantaggi compensativi. 3. Segue: criteri applicativi della teoria. – 4. Vantaggi compensativi, conflitto di interessi ed atti *ultra vires*: ricostruzione della *ratio decidendi* della giurisprudenza in materia. – 5. Segue: la nozione di vantaggi compensativi nella giurisprudenza in materia di conflitto interessi ed estraneità all'oggetto sociale degli atti infragruppo. – 6. Segue: la quantificazione del vantaggio compensativo. – 7. Segue: il momento temporale della compensazione. – 8. Segue: l'onere della prova. – 9. Vantaggi compensativi e la responsabilità risarcitoria nel gruppo. La prima pronuncia giurisprudenziale. – 10. L'orizzonte temporale della compensazione. – 11. La difficile conciliabilità della pronuncia della Cassazione con la nozione di vantaggi compensativi ex art. 2497, 1 co., c.c.. – 12. L'onere della prova del vantaggio compensativo. – 13. I vantaggi compensativi come esimente per gli amministratori della eterodiretta. – 14. Ulteriori spunti giurisprudenziali sui vantaggi compensativi di gruppo. – 15. I vantaggi compensativi in ambito penale ai sensi dell'art. 2634 c.c.

1. L'indagine che di seguito ci si accinge a svolgere si propone di verificare come nella pratica giudiziaria vengano applicati i vantaggi compensativi, sulla ricostruzione dei quali si contrappongono opinioni dottrinali assai diverse; e di evidenziare come la teoria in esame, che ha acquistato, a seguito della riforma del diritto societario, rilievo normativo nell'ambito della disciplina della responsabilità risarcitoria per abuso di direzione e coordinamento, abbia trovato storicamente e continui tutt'ora a trovare ampia applicazione in ambiti del diritto commerciale differenti. Lo spoglio della giurisprudenza in materia può, dunque, essere di ausilio al fine di concretizzare l'esimente dalla responsabilità risarcitoria – diffusamente qualificata con l'espressione riassuntiva “vantaggi compensativi” – recepita dall'art. 2497, 1 co., c.c.

2. Emblematica del rilievo attribuito in materia di revocatoria fallimentare ai vantaggi compensativi è Cass., Sez. un., 6538/2010<sup>1</sup> (sulla revocatoria fallimentare del pagamento del terzo fallito per debito altrui nell'ambito

<sup>1</sup> V. la sentenza in *Giur. comm.*, 2011, 585 ss.

del gruppo): nella pronuncia si afferma che la teoria in esame costituisce l'applicazione nei gruppi di società della concezione della causa concreta e del fenomeno del collegamento negoziale, ricorrenti entrambe nella giurisprudenza più recente per giudicare la gratuità o l'onerosità dell'atto revocando ai sensi, rispettivamente, degli artt. 64 e 67 l.fall<sup>2</sup>. Più specificamente la Corte afferma che la causa negoziale è stata tradizionalmente definita (a partire dalla relazione al codice civile) come la «funzione economico-sociale che il diritto riconosce ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata». Conseguentemente, essa è stata collegata al «tipo» negoziale disciplinato dal legislatore (c.d. causa tipica)<sup>3</sup>. Secondo la sentenza in esame, invece, occorre valorizzare il concetto di «causa concreta», da intendersi come «lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare..., quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato»<sup>4</sup>. La concezione della «causa concreta» è, infatti, ritenuta quella più idonea ad accertare il titolo di un atto compreso in un'operazione economica complessa, nella quale le parti perseguono interessi meritevoli di tutela, ricorrendo anche al collegamento di negozi diversi, coevi o susseguitisi nel tempo. Il collegamento negoziale, infatti, permette – grazie a semplici connessioni economiche – di realizzare uno scopo, a seconda dei casi, oneroso o gra-

<sup>2</sup> Conf. anche Trib. Napoli, 18 ottobre 2000, in *Fallimento*, 2001, 1040 ove, proprio in relazione a una prestazione a favore di società sorella, si afferma che «giacché la prestazione di garanzia si inserisce in un complesso fenomeno di collegamento negoziale, la contropartita sovente non deriva alla garante controllata direttamente dal compimento dell'atto genetico della medesima garanzia (il più delle volte a struttura unilaterale), sibbene dal negozio *collegato* posto in essere dal terzo garantito, dalla debitrice principale ovvero da altra società del "gruppo" o dalla "capogruppo"» (corsivo aggiunto). Per l'accostamento dei vantaggi compensativi e dell'onerosità v. anche Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, 2317. Fra gli autori che hanno studiato la teoria dei vantaggi compensativi emerge implicitamente il riferimento al collegamento negoziale in A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, 738; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 662; e P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, 731 i quali ammettono la necessità di valutare il pregiudizio privilegiando una visione non atomistica, ma molecolare del gruppo, ossia attribuendo rilievo anche ai vantaggi che derivino alla dominata da operazioni diverse da quella che ha cagionato il danno.

<sup>3</sup> Così, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1957, 215; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1986, 172; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 1992, 168; E. BETTI, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Nss.D.I.*, vol. VII, Torino, 1957, 32 ss. In giurisprudenza v. Cass. 12 maggio 1992, n. 5616, cit.; Cass., 13 settembre 1983, n. 5548, cit.

<sup>4</sup> Conf. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, 2203; Cass., Sez. un. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 38; A. GALATI, *La causa del contratto tra «funzione economico – sociale» e «sintesi degli interessi individuali delle parti»*, consultabile su *www.treccani.it*. In dottrina G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, *passim*; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, 364; A. GIOVANNONI, *La causa del contratto fra nozione codicistica e prassi negoziale*, consultabile in *www.dircomm.it*, luglio-agosto 2006; F. GALGANO, *Il contratto*, Cedam, Padova, 2007, 143 ss; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Jovene, Napoli, 2006, 807 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, Utet, Torino, 2004, 792 ss.

tuito, mediante l'utilizzo di atti che, se isolatamente considerati, risulterebbero avere un titolo (neutro, oneroso o anche gratuito, ma comunque) diverso da quello accertabile in base ad un esame dell'affare nella sua unitarietà. Si deve, dunque, guardare all'eventuale collegamento fra negozi distinti per valutare se il singolo atto revocando sia stato compiuto gratuitamente o meno<sup>5</sup>.

Ciò premesso circa il referente delle qualificazioni di onerosità e gratuità rilevanti ai fini della revocatoria fallimentare, le SS.UU. così concludono: «Questi risultati trovano naturale applicazione proprio in relazione all'individuazione del vantaggio per il terzo nell'ambito del gruppo societario cui è stato riconosciuto in quest'ultimo decennio gradualmente rilievo giuridico, e si saldano perfettamente con la più recente giurisprudenza di questa Corte; la quale ha in particolare riconosciuto la rilevanza, per la singola società del gruppo, del soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, *sia pure in ragione di un rapporto diverso*, quale contropartita del depauperamento diretto derivato alla società da un'operazione: per tale ragione non considerata liberale. Ed ha statuito in termini generali che al fine di verificare se un'operazione abbia comportato o meno per la società che l'ha posta in essere un ingiustificato depauperamento occorre tener conto della complessiva situazione che, nell'ambito del gruppo, a quella società fa capo, potendo l'eventuale pregiudizio economico che da essa sia direttamente derivato aver trovato la sua contropartita in un altro rapporto e l'atto presentarsi come preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto (Cass. 673 9/2008; 3615/2004; 12325/1998; 2001/1996 [da ultimo anche Cass., 17200/2012; trib. Genova, 27/05/2010])».

Contro l'istituzione del suddetto parallelo che le Sez. un. ravvisano fra il fenomeno del collegamento negoziale e la concezione della causa concreta del negozio, da un lato, e la teoria dei vantaggi compensativi, dall'altro, si è obiettato che «i due ambiti non sono sovrapponibili e diverse sono le valutazioni che il giudice è chiamato ad effettuare...: in un caso, la valutazione si riferisce al collegamento negoziale di un atto solutorio (apparentemente)

<sup>5</sup> Ritengono che l'onerosità possa discendere, come effetto, dal collegamento fra distinti negozi, R. NICOLÒ, *sub. artt. 2900-2969*, in *Commentario Scialoja-Branca*, VI, Zanichelli-Società editrice «Il Foro italiano», Bologna-Roma, 1953, 238; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, 98; M. SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Jovene, Napoli, 1976, 73, 96, 219-220; O. T. SCOZZAFAVA, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, 74; A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Cedam, Padova, 1963, 119; M.E. GALLISIO PIUMA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, II, parte speciale, *sub artt. 64-66*, Zanichelli-Società editrice «Il Foro italiano», Bologna-Roma, 2003, 11, 14; S. DI AMATO, *Inefficacia ex art. 64 l. fall. e questioni controverse in tema di garanzie e pagamenti*, in questa *Rivista*, 2004, 1119; L. COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, Padova, 1950, 176; S. PACCHI PESUCCI, «*Par condicio creditorum*», *revocatoria fallimentare e garanzie prestate dal fallito*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, 65 nt. 113; S. AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Giuffrè, Milano, 2000, 30; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Giuffrè, Milano, 1999, 76 ss. In giurisprudenza affermano il rilievo del fenomeno del collegamento negoziale Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in questa *Rivista*, 1998, II, 673; Cass., 12 maggio 1992, n. 5616, cit.; Cass., 12 marzo 2008, n. 6739, in *Foro. it.*, 2009, 2, 395.

isolato con uno o più atti, collegamento che, se sussistente, conduce a qualificare onerosa la causa dell'attribuzione; nell'altro caso, la valutazione si riferisce alla sussistenza di uno o più atti idonei ad eliminare o compensare il danno sofferto dalla società assoggettata a direzione e coordinamento (ovvero alla complessiva valutazione del risultato dell'attività di gruppo), senza che abbia alcun rilievo l'eventuale collegamento negoziale con l'atto dannoso»<sup>6</sup>. Tuttavia, l'opinione espressa dalla Suprema Corte deve ritenersi preferibile. Il collegamento negoziale si realizza ogni qual volta esiste un coordinamento tra una pluralità di negozi, autonomi e distinti l'uno dall'altro, consistente in un nesso economico e teleologico in vista della realizzazione di uno scopo pratico unitario<sup>7</sup>. In particolare, si afferma che in caso di collegamento negoziale coesistono due cause: quella del singolo negozio e quella dell'intera operazione economica (c.d. doppia causa)<sup>8</sup>. Tali presupposti ricorrono anche nel caso dei vantaggi compensativi: essi derivano dal coacervo di operazioni intercorrenti fra le società raggruppate, ciascuna con una propria causa individuale, nel contesto di un'iniziativa economica unitaria costituita dalla gestione del gruppo o, meglio, dall'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. L'indice del collegamento fra le operazioni infragruppo è costituito proprio dal fatto che esse sono attuative di un'attività imprenditoriale unica, alla quale prendono parte tutte le unità raggruppate<sup>9</sup>. Vedremo oltre, dove ci occuperemo dei vantaggi compensativi nella giurisprudenza in materia di responsabilità risarcitoria, come il loro inquadramento da parte delle Sezioni Unite entro la costruzione civilistica del collegamento negoziale corrisponda non solo ad un interesse teorico-ricostruttivo, ma acquisti diretta rilevanza pratica, consentendo di criticare la restrittiva posizione assunta dalla giurisprudenza in merito al modo concreto di operare del meccanismo.

3. La giurisprudenza in materia di revocatoria fallimentare di atti infragruppo si rivela idonea a fornire importanti indicazioni in merito alle modalità, in base alle quali la neutralizzazione dei pregiudizi con i benefici opera concretamente.

Preliminarmente occorre brevemente ricostruire le due contrapposte concezioni dottrinarie relative alla teoria in esame, al fine di verificare, poi, quale delle due sia recepita dalla giurisprudenza. Alcuni autori richiedono che il pregiudizio derivante alla società dominata dall'operazione infragruppo deve essere *effettivamente* compensato, ossia risultare eliminato in senso ragio-

<sup>6</sup> F.S. COSTANTINO, *Adempimento del debito altrui, fallimento del "solvens" e revocatoria al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2010, 2473.

<sup>7</sup> Per ampi riferimenti S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Giuffrè, Milano, 2007, 22 nt. 53.

<sup>8</sup> *Ivi*, 23, nt 55.

<sup>9</sup> Al riguardo v. V. CARIELLO, *La "compensazione" dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, 387 per il quale l'unicità del nesso eziologico fra danni e benefici infragruppo per una singola partecipante all'aggregazione, che li rende suscettibili di una considerazione unitaria, va valutata rispetto all'attività di eterodirezione, non all'atto che pur ne costituisce la concreta manifestazione. L'autore parte da questa affermazione per ricondurre la teoria dei vantaggi compensativi «ai principi della c.d. unicità causale... sui cui viene tradizionalmente eretta la *compensatio lucri cum damno*», adattati alle peculiarità dell'attività di eterodirezione.

nieristico, quantitativo o aritmetico che dir si voglia in base ad una valutazione effettuata *ex post*<sup>10</sup>. Per quanto concerne il momento temporale nel quale si deve apprezzare l'esistenza del vantaggio, tale teoria ritiene che esso debba essere certo nel senso di «già corrisposto [*id est*, precedente alla causazione del danno] ovvero corrisposto contestualmente all'imposizione della direttiva pregiudizievole; il vantaggio compensativo è certo [altresì] anche quando la capogruppo abbia, contestualmente al fatto dannoso, assunto in maniera diretta, ovvero indirettamente..., nei confronti della società danneggiata, l'obbligo di corrisponderlo, obbligo che non potrà che essere ancorato ad un determinato termine di scadenza»<sup>11</sup>. Quanto invece al profilo quantitativo, il vantaggio deve essere «congruo e proporzionato ossia almeno equivalente [al danno]»<sup>12</sup>, il che sembra avvicinare il concetto di compensazione risultante propria di questa tesi a quello ricavabile *ex art.* 1241 ss. c.c.<sup>13-14</sup>.

<sup>10</sup> I sostenitori di tale versione della teoria dei vantaggi compensativi sono F. DENOZZA, *Rules vs Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni virtuali*, in *Giur. Comm.*, 2000, 327 ss.; R. SACCHI, *op. cit.*, 673; L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2000. Nel senso della necessità, per escludere la responsabilità risarcitoria, di vantaggi concreti e non già presunti in via ipotetica in base alla mera appartenenza al gruppo di società v. anche Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. it.*, 2005, 72 ss.; da ultimo con ampie argomentazioni, G. SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali*», *principi generali e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.* 2011, 517 ss.

<sup>11</sup> *Ivi*, 541 nt. 38.

<sup>12</sup> *Ivi*, 537.

<sup>13</sup> Si noti, infatti, che così come delineata dal legislatore, la compensazione evoca un rapporto fra *quantità paragonabili* che si annullano reciprocamente.

<sup>14</sup> La concezione c.d. ragionieristica appare tributaria della ricostruzione che dei vantaggi compensativi è proposta nell'ordinamento tedesco. Nella disciplina del gruppo di fatto, l'ordinamento tedesco contempla il *Nachteilausgleichspflicht* al § 311, il quale prescrive all'Abs. 1 che «se non esiste alcun contratto di dominazione l'impresa dominante può esercitare la sua influenza per imporre ad un'impresa dipendente di adottare un negozio giuridico o di sottostare ad un provvedimento per essa dannoso, se il danno è compensato» e all'Abs. 2 che «se la compensazione non è compiuta concretamente durante l'esercizio sociale, deve essere fissato almeno entro la fine dello stesso nel quale il danno è stato causato all'impresa dominata quando e per mezzo di quale vantaggio il danno può essere compensato. Il vantaggio individuato a compensazione deve essere oggetto di un diritto soggettivo per l'impresa dominata». La lettera della legge tedesca è sufficientemente chiara nel prescrivere che la compensazione fra danno e vantaggio per la società eterodiretta deve essere concreta. Il che significa che in Germania la tesi dei vantaggi compensativi più elastica sopra descritta, che pure trova sostenitori nel nostro ordinamento sia in dottrina sia in giurisprudenza, non ha alcuna corrispondenza nella disciplina del gruppo dell'*Aktiengesetz*: i vantaggi compensativi devono essere effettivamente (e non soltanto probabilisticamente) tali, devono cioè elidere effettivamente (ossia in modo c.d. ragionieristico) il danno (l'opinione è pacifica: H. ALTMEPPEN, § 311, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Beck, München, Band 5, 2010, 944; C. SCHUBEL, in *Handbuch des Aktienrechts*, a cura di Henn, Frodermann e Jannott, Müller, 2009, 881 e la dottrina ulteriore cit. a nt. 456; HÜFFER, *Aktiengesetz*, Beck, München, 2012, Rn. 44). Infatti il § 311, Abs. 2 ammette due diverse forme di compensazione: la *Ausgleich*, che si realizza se il vantaggio stabilito a compensazione del danno è acquisito entro la data del bilancio al patrimonio della società dominata; e una seconda forma di compensazione, diversa dalla precedente, la quale comunque comporta che entro la chiusura dell'esercizio sia stabilito quando e attraverso quale vantaggio il danno può essere compensato. In que-



Altra parte della dottrina ha proposto, al contrario, una versione c.d. «elastica» della teoria dei vantaggi infragruppo, secondo la quale sarebbero sufficienti «compensazioni virtuali o eventuali»<sup>15</sup>. In quest'ultima ricostruzione ciò che deve essere valutato per giudicare la non extrasocialità del perseguimento di un interesse di gruppo «non è... il risultato positivo o negativo... così come... si è storicamente realizzato, bensì il risultato complessivo che *ragionevolmente* gli amministratori si potevano attendere» secondo un giudizio *ex ante* (ossia al momento del compimento di una data operazione pregiudizievole per la società dominata). «Il giudizio circa l'esistenza di vantaggi compensativi che controbilanciano il sacrificio economico subito dalla società del gruppo nell'ambito di un'operazione infragruppo, al fine di stabilir[ne] la legittimità, deve configurarsi come *procedimento valutativo tecnico di carattere economico-funzionale e non quantitativo reso, e perciò successivamente controllato (in sede giudiziale), in base agli elementi noti al momento in cui l'operazione infragruppo viene decisa*»<sup>16</sup>. Per la teoria in esame,

st'ultimo caso, il vantaggio è oggetto non di una mera aspettativa prevedibilmente realizzabile, ma di un diritto soggettivo della dominata che può essere attribuito solo attraverso un contratto. Per di più i vantaggi devono essere almeno di pari valore rispetto al danno (HÜFFER, *op. cit.*, Rn, 40; H. ALTMEPPEN, *op. cit.*, 948, Rn, 322). Quanto appena rilevato significa che non sono sufficienti a determinare l'adempimento dell'obbligo di compensazione del danno i generici vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo (interessante circa la concezione dei vantaggi compensativi è la recente *Bgh*, 26 giugno 2012, II ZR30/11, consultabile in *www.juris.de*). La compensazione deve essere calcolata seguendo il seguente parametro: essa deve essere tale da far sì che un «*ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter*» di una società indipendente avrebbe compiuto il negozio giuridico o eseguito il provvedimento dannoso a fronte della stessa. Addirittura, la proporzionalità del vantaggio compensativo rispetto al danno è portata al punto che, se ne pretende l'erogazione nel corso dell'esercizio sociale, si deve considerare ai fini del bilanciamento, anche il danno da ritardo, nel senso che la società dominata deve essere posta nella stessa situazione nella quale sarebbe stata se il vantaggio fosse stato percepito nello stesso momento della causazione del danno ed avendo il medesimo valore di quest'ultimo (H. ALTMEPPEN, *op. cit.*, 948 e nt. 429). Si tratta di una concezione, tuttavia, che non è così granitica come potrebbe supporre considerando il tenore letterale apparentemente inequivoco della legge. Al riguardo interessante pare la pronuncia dell'OLG Koln, riferita all'esercizio dell'azione di responsabilità ex § 317 contro la *Bundesrepublik* quale azionista di maggioranza ed *herrschendes Unternehmen* di *Deutsche Telekom*, alla quale era stata imposta la partecipazione alla vendita all'asta della licenza UMTS. Nella sentenza di merito si legge che «anche a fronte di un investimento straordinario (quale quello per l'acquisto della licenza UMTS) manca l'atto giuridico dannoso, perché da una generale prospettiva *ex ante* al momento dell'atto, all'investimento corrisponde un vantaggio, mentre da una rinuncia all'investimento si sarebbe prodotta una perdita di quote di mercato» (OLG Köln, 27 aprile 2006, 18 U 90/05, in *www.juris.de* ed in ZIP, 997). Si vede come la valutazione della compensazione sia effettuata, in questo caso e contrariamente all'opinione dominante, in modo prognostico.

<sup>15</sup> L'espressione è di G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 536. Per ampie cit. di autori favorevoli a tale ricostruzione v. M. DE LUCA DI ROSETO, *Operazioni rientranti nell'oggetto sociale, interessi di gruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2008, 811 ss. nt. 37.

<sup>16</sup> Si tratta della versione elaborata da P. MONTALENTI, *op. cit.*, 730 ss., il quale aggiunge che la teoria dei vantaggi compensativi non è teoria dell'indennizzo. Contro la teoria c.d. ragionieristica dei vantaggi compensativi v. anche P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sul GRUPPO (non creditizio)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 14 ss.; C. ANGELICI, *La riforma delle società*, Cedam, Padova, 2003, 197, che esclude che si debba operare «un'analitica



in altre parole, l'accertamento dell'esistenza di un vantaggio compensativo si risolve, in definitiva, per quanto attiene al momento temporale, in un giudizio prognostico, *referito al tempo del compimento dell'atto pregiudizievole*, cosicché si ammette la rilevanza di una compensazione futura rispetto al realizzarsi del danno. Per quanto concerne il profilo quantitativo del bilanciamento fra vantaggi e svantaggi, poi, non si pretende una compensazione che abbia i connotati ricavabili dall'art. 1241 c.c. ss. (ovvero il vantaggio elide il danno per un valore corrispondente a quest'ultimo), ma si considera sufficiente un beneficio qualsiasi, di cui non deve stimarsi con esattezza il valore per raffrontarlo con l'ammontare del danno purché non irrilevante<sup>17</sup>. In sostanza, le due contrapposte ricostruzioni differiscono in quanto la prima pretende una compensazione reale, mentre la seconda si accontenta di una compensazione soltanto possibile<sup>18</sup>.

Nella giurisprudenza in materia di revocatoria si precisa, che, ai fini dell'accertamento della natura onerosa di una garanzia infragruppo, il corrispettivo non può ravvisarsi in un evanescente interesse di gruppo o della capogruppo, ma occorre il conseguimento effettivo di una *prestazione pa-*

compensazione fra partite attive e passive» e postula invece «una valutazione globale, quindi *sintetica*, della complessiva attività»; B. LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 2009, 474.

<sup>17</sup> Per questo P. MONTALENTI, *op. cit.*, 731, afferma che il vantaggio può derivare «anche su piani economici differenti», il che sembra alludere all'eventualità che valore del danno e valore del vantaggio non siano esattamente raffrontabili. In dottrina si rileva anche che la possibile collocazione temporale del vantaggio nel futuro non necessariamente a breve termine preclude la possibilità «di una qualunque connessione specifica del vantaggio stesso a operazioni determinate di segno contrario» (F.M. MUCCIARELLI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2002, II, 634). Si noti che la teoria in esame non può pretendere un controbilanciamento del pregiudizio col danno sul piano quantitativo «secondo un parametro...rigidamente proporzionale» in quanto, prendendo in considerazione anche vantaggi probabili ma futuri, risulterebbe difficile valutare *a priori*, prognosticamente, se gli stessi saranno in grado di elidere o indennizzare esattamente il valore economico del danno (così F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, ove si afferma che «il contenuto previsionale di un vantaggio collocato nel futuro preclude l'esattezza del calcolo in termini di esatto corrispettivo»; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Giuffrè, Milano, 2009, 249 ss.; R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Giappichelli, Torino, 2001, 179 secondo il quale la concezione rigida dei vantaggi compensativi «mal si attaglia al carattere dinamico dell'attività di gruppo» poiché i risultati economici delle operazioni «normalmente si manifestano nel medio e lungo termine, sicché una preventiva valutazione dei costi e dei benefici di un'operazione infragruppo, quand'anche possibile (ma quasi mai lo è), si rivelerebbe comunque imprecisa, con l'effetto di trascurare i notevoli vantaggi differiti solitamente connessi alle sinergie di gruppo e alle economie di scala»).

<sup>18</sup> Così F. DENOZZA, *op. cit.* 327 ss., il quale afferma: «è ovvia... la differenza che intercorre tra una prospettiva in cui la compensazione della società danneggiata deve essere prevista come elemento specifico della politica di gruppo, con un effettivo trasferimento di vantaggi, ed una in cui la compensazione può essere semplicemente eventuale, come avverrebbe ove si ammettesse la liceità di scelte pregiudizievoli per la società alla sola condizione che tali scelte siano coerenti ad una politica economica generale di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio per la società» e «analogamente, un conto è richiedere che il vantaggio compensativo sia *certo* ed *immediato*, altro conto è accettare, come idoneo a realizzare la compensazione, un vantaggio *futuro* e magari neppure ragionevolmente certo».

*trimoniale concreta* da parte della società dominata, che compie l'attribuzione patrimoniale revocanda, non essendo sufficiente la mera previsione di un probabile vantaggio<sup>19-20</sup>. È evidente come tale affermazione di principio implichi il recepimento – nelle pronunce in cui i vantaggi compensativi sono considerati rilevanti al fine dell'accertamento dell'onerosità di un atto infragruppo – della tesi secondo cui la compensazione della società danneggiata deve essere prevista come elemento specifico della politica di gruppo, *con un effettivo trasferimento di vantaggi specifici* e suscettibili di essere stimati secondo criteri di mercato, ovvero di quella prospettiva che porta a considerare i vantaggi compensativi come una *rule* (o regola specifica), piuttosto che come uno *standard* (o criterio generale). Una simile nozione di vantaggio compensativo finisce, allora, per coincidere proprio con quella di onerosità: per l'esistenza di entrambe deve sussistere un *effettivo, oggettivo*, scambio di valori patrimoniali tra le sfere giuridiche dei soggetti coinvolti in una operazione economica unitaria (cioè espressione di un regolamento di interessi unitario), anche se realizzata tramite negozi strutturalmente autonomi<sup>21</sup>. In altri termini, pare che la giurisprudenza abbia avvertito l'importanza della dimensione del gruppo per accertare l'onerosità di un atto compiuto da una sua singola componente. Perciò, nelle motivazioni in materia di revocatoria degli atti infragruppo ha applicato quella ricostruzione

<sup>19</sup> In giurisprudenza cfr. Trib. Milano, 4 luglio 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 1019 ss. (che in relazione all'onerosità di una garanzia discendente parla, a proposito del vantaggio alla controllata, di cui indirettamente beneficiava anche la controllante, di *Gegenleistung*); Trib. Napoli, 18 ottobre 2000, cit. («conseguimento...di una tangibile contropartita, non bastando la prospettiva, poi rivelatasi vana, di avvantaggiarsi...»); Trib. Napoli, 5 ottobre 2000, in *Dir. Fall.*, 2001, 275 ss.; Trib. Treviso, 16 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 1999, 1409; App. Bologna, 12 marzo 2004, in *Fallimento*, 2005, 1289; Trib. Palermo, 26 settembre 2002, in *Fallimento*, 2003, 305. Adde S. AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Giuffrè, Milano, 2000, 72, che cita Trib. Torino, 27 marzo 1997 («prova circa l'esistenza di una contropartita economica concreta»); V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 791 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, nota a Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Corr. giur.*, 1998, 6 ss., secondo il quale è oneroso l'atto che riveli – a prescindere dalla pluralità o meno delle volontà negoziali necessarie a realizzarlo – oggettivamente efficacia transitiva di valori patrimoniali tra le sfere giuridiche dei soggetti coinvolti, non essendo invece sufficiente una mera ed inqualificata *convenienza* dell'atto per l'unico disponente (in tal caso si configura un atto gratuito interessato).

<sup>20</sup> Anche se, in verità, l'affermazione di principio delle sentenze non è poi così perspicua come potrebbe sembrare se letta fuori dal contesto della motivazione, perché in alcune pronunce essa è collegata alla precisazione che non può rilevare il mero vantaggio complessivo del gruppo considerato nel suo insieme (v. Trib. Torino, 27 marzo 1997, cit.; Trib. Napoli, 18 ottobre 2000 e 5 ottobre 2000, cit.). Quindi, si potrebbe anche ritenere che la richiesta di «una prestazione patrimoniale tangibile» non alluda al recepimento della tesi della compensazione reale ma al rifiuto della rilevanza di un mero beneficio di gruppo. Se contestualizzata, l'affermazione di principio tratta dalla giurisprudenza in materia di revocatoria potrebbe essere compatibile anche con l'accettazione di una compensazione meramente probabile (valutata *ex ante*), purché riferibile alla singola società del gruppo pregiudicata.

<sup>21</sup> In relazione all'onerosità v. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 6, (il quale dà rilievo al fenomeno del collegamento negoziale).

dei vantaggi compensativi, c.d. ragionieristica, che maggiormente si avvicina alla definizione tradizionale del concetto di onerosità.

Occorre, ora verificare se dal parallelo giurisprudenziale fra onerosità e teoria dei vantaggi compensativi sia possibile trarre qualche implicazione in relazione al profilo del *momento temporale* entro cui deve essere accertata l'esistenza di questi ultimi. Le sentenze in materia di revocatoria fallimentare non si pronunciano specificamente su tale aspetto. Tuttavia, richiedendosi in queste ultime, come rilevato, un beneficio avente il connotato della certezza e dell'effettività, pare plausibile indurre che esso debba essere *i*) o già corrisposto al momento del oppure corrisposto contestualmente al compimento dell'atto pregiudizievole; *ii*) o destinato a concretizzarsi successivamente, purché esso costituisca l'oggetto di un obbligo, il cui adempimento risulta ancorato ad un determinato termine di scadenza assunto – questo sì contestualmente alla realizzazione dell'operazione lesiva – dalla capogruppo o da altra dominata nei confronti della società danneggiata<sup>22</sup>. In altri termini: se non assume questi connotati temporali, il vantaggio non pare presentare quei tratti di certezza ed effettività richiesti dalla giurisprudenza in esame. Anche sotto questo profilo perciò, quest'ultima sembra implicitamente aderire alla teoria ragionieristica della compensazione infragruppo.

A ben vedere, però, determinante per stabilire quando i vantaggi debbano sussistere per acquisire valenza compensativa è anche il momento nel quale si ritiene necessario compiere il bilanciamento tra beneficio e danno. Presupponendo che esso vada effettuato al momento del compimento dell'atto pregiudizievole, allora l'unico modo per poter attribuire rilevanza ai vantaggi effettivi è accogliere le opzioni di carattere temporale appena elencate. Se, al contrario, si preferisce riferire temporalmente il bilanciamento al momento in cui il giudice deve pronunciarsi sulla domanda risarcitoria, allora deve pervenirsi ad una conclusione differente. In tale prospettiva, infatti, possono considerarsi effettivi non solo quei vantaggi, che integrano una delle ipotesi predette, ma anche quelli che vengano ad esistenza *successivamente* al realizzarsi del danno (che sono quindi futuri ed incerti al momento

<sup>22</sup> Così già G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 541 nt. 38. Si noti che la medesima tesi circa lo *Zeitpunkt* del *Nachteilsausgleichspflicht* è sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca: si attribuisce la capacità di compensare il danno ai vantaggi realizzati entro la chiusura dell'esercizio sociale, nel quale la dominata ha patito il pregiudizio, oppure anche a quelli che entro tale termine siano stabiliti come oggetto di un diritto della dominata, ma che verranno ad essa attribuiti concretamente in un momento temporale successivo. Corrispondentemente, in merito alla qualificazione dell'attribuzione patrimoniale revocanda, si è affermato che è possibile una forma di onerosità (non solo fra negozi collegati *coevi*, ma) anche tra atti che si susseguono nel tempo. Nel senso che si può compiere una certa attribuzione in vista di una futura o una successiva attribuzione può essere fatta in collegamento con una precedente, v. M. SANDULLI, *Le nozioni giuridiche di onerosità e gratuità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, 403, ove si precisa che nel primo caso solo se e quando la successiva attribuzione sia attuata, anche la prima potrà essere qualificata a titolo oneroso; in mancanza resterà gratuita. La tesi di Sandulli trova conferma anche nell'opinione sostenuta dalla più recente dottrina civilistica, occupatasi del collegamento in funzione di scambio fra negozi non contestuali su cui v. sopra in nota. Ciò costituisce ulteriore conferma della vicinanza fra teoria dei vantaggi compensativi e teoria del collegamento negoziale utilizzata per accertare il titolo di un'attribuzione economica, evidenziata dalla Sezioni Unite della Cassazione.

in cui si concretizza quest'ultimo), purché entro il termine rappresentato dallo svolgimento del giudizio<sup>23</sup>. Un'indicazione favorevole a quest'ultima possibilità pare trarsi dalle sentenze delle Sezioni Unite menzionata all'inizio della riflessione. L'onerosità (o la gratuità) dell'atto, infatti, deve essere accertata *proprio nel momento in cui esso è sottoposto alla valutazione giudiziale*, tenendo conto degli effetti sino a quel momento prodottisi<sup>24</sup>. Ne consegue che, se si assume – come fa la pronuncia della Cassazione, recependo, peraltro, un orientamento radicato nei precedenti di legittimità – la rilevanza dei vantaggi compensativi nella valutazione sull'onerosità o sulla gratuità, quello stesso diventa anche il termine ultimo entro il quale deve essersi realizzato il beneficio idoneo a ristorare l'unità del gruppo, che ha compiuto un atto di disposizione patrimoniale.

Se tale orizzonte temporale vale per i vantaggi compensativi a cui si fa riferimento in merito alla qualificazione del titolo di un negozio, inoltre, *pare ragionevole ritenere che lo stesso rilevi anche quando li stessi vengono invocati con il valore di esimenti dalla responsabilità da direzione e coordinamento*, ossia quando assolvono la funzione che è stata normativamente riconosciuta loro dall'art. 2497, 1 co., ult. periodo c.c.<sup>25</sup>

Questa delimitazione del periodo di tempo entro il quale può realizzarsi la compensazione a favore dell'entità del gruppo pregiudicata da un atto di disposizione etero-determinato implica, dunque, che il vantaggio possa essere *futuro* rispetto al compimento dell'operazione dannosa, ma comunque *certo* nel momento in cui viene valutato dal giudice. Il che sembra com-

<sup>23</sup> Nell'ipotesi considerata nel testo abbiamo un vantaggio che è effettivo (come pretende la giurisprudenza), ma che diviene tale solo se si valuta la compensazione al momento del giudizio (non lo sarebbe se si valuta il bilanciamento al momento del compimento dell'atto dannoso). Si badi bene che dalla giurisprudenza esaminata nel testo emerge, comunque, che il vantaggio deve essersi concretamente realizzato al momento del giudizio. Quindi non in linea con questo presupposto appare la ricostruzione proposta da P. DAL SOGLIO, *Commento sub art. 2497*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Cedam, Padova, 2005, 2352, secondo il quale (in relazione ai vantaggi rilevanti per elidere la responsabilità risarcitoria) «il giudice potrebbe fondatamente essere chiamato a compiere una valutazione prognostica, *ex ante*, diretta a bilanciare quelli che sono i pregiudizi attuali, lamentati dall'attore al momento della proposizione della domanda giudiziale, con il *futuro* risultato delle operazioni economiche in cui sia coinvolta la società attualmente «sacrificata»...» (corsivo aggiunto). Qui l'entità portata in compensazione non consiste in un vantaggio realizzatosi effettivamente al momento del giudizio, bensì in una mera aspettativa. Il che stride anche rispetto al tenore letterale del 1 comma dell'art. 2497 c.c. ove si fa riferimento al «risultato complessivo» e non alle aspettative future.

<sup>24</sup> Lo insegna M. SANDULLI, *op. cit.*, 398

<sup>25</sup> Ed infatti così conclude V. CARIELLO, *op. cit.*, 388, il quale afferma che «relativamente al regime temporale della compensazione [ex art. 2497, 1 co., c.c.]... a rilevare pare possa essere il risultato complessivo determinabile al tempo di svolgimento del giudizio instaurato per il risarcimento dei danni lamentati: dovendosi così valutare se nel periodo intercorso fra la manifestazione lesiva di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento e la concreta promozione e instaurazione del giudizio la responsabilità non sussista perché il danno risulta mancante»; R. SACCHI, *op. cit.*, 674; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004, 543. Da ultimo G. SBISÀ, *art. 2497*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà, Giuffrè, Milano, 2012, 62 ss.

portare una nozione di vantaggio compensativo da un lato più ampia di quella proposta da alcuni sostenitori della tesi c.d. ragionieristica<sup>26</sup>; dall'altra più stringente di quella propugnata da un altro sostenitore della medesima, il quale ammette che i vantaggi futuri «possano essere materia di compensazione se ne sia *esattamente* stimabile il grado di probabilità e se l'*incertezza* così misurata possa essere *monetizzata* a valori di mercato»<sup>27</sup>. Se si ammette la rilevanza compensativa anche dei vantaggi prodotti entro il momento in cui l'eterodirezione è sottoposta allo scrutinio di legittimità del giudice, infine, si riconosce il valore di esimente da responsabilità ad un beneficio per la eterodiretta, che è al contempo futuro e soltanto probabile al momento del compimento dell'operazione dannosa (come afferma la concezione elastica), purché sia certo (cioè storicamente realizzato, come pretende la concezione ragionieristica) non già in quest'ultimo momento temporale, ma in quello poc'anzi menzionato del giudizio di responsabilità. In pratica, così ragionando, si perviene ad una sintesi, ad una crasi fra la tesi elastica e quella ragionieristica circa la connotazione temporale del vantaggio avente efficacia compensativa dell'eterodirezione pregiudizievole.

4. Lo spoglio della giurisprudenza costituisce un utile strumento per chiarire il rilievo attribuito ai vantaggi compensativi rispetto alla questione del conflitto di interessi degli amministratori nel gruppo, ambito nel quale, storicamente, la dottrina ha cominciato a sviluppare tale teoria.

In materia societaria, la giurisprudenza teorica e pratica richiedono che dall'atto impugnato per conflitto di interessi derivi alla società un pregiudizio effettivo. In relazione all'annullabilità, *ex art. 1394 c.c.*, del contratto concluso *dall'amministratore unico* è stata sostenuta l'imprescindibilità della verifica della concreta frustrazione dell'interesse della società tramite il contratto stesso<sup>28</sup>. Partendo da questo assunto, anche anteriormente alla riforma del diritto societario, si è esclusa la sussistenza del conflitto di interessi rispetto ad un'operazione infragruppo *pregiudizievole* per la singola società aggregata, qualora *dall'appartenenza al gruppo* fossero derivati alla società medesima vantaggi idonei a compensare il danno da questa sofferto<sup>29</sup>. Altrimenti

<sup>26</sup> V. sopra quanto sostenuto da G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 538 ss.

<sup>27</sup> F. DENOZZA, *op. cit.*, 327 ss. Per quanto pare potersi desumere dalla giurisprudenza, il vantaggio compensativo rilevante potrebbe essere solo quello futuro rispetto all'atto dannoso, ma certo al momento del giudizio. In altri termini, un vantaggio che non sussista concretamente ed effettivamente al momento del giudizio, ma di cui pure si ritenga probabile il verificarsi in un momento successivo, non sembrerebbe dover essere considerato dal giudice, al contrario di quanto appare sembra di poter ricavare dall'affermazione di Denozza.

<sup>28</sup> Da ultimo Cass., 4 ottobre 2010, 20587, in *Giur. comm.*, 2011, 1351; conf. Cass., 8 novembre 2007, n. 23300, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 11; Cass., 17 ottobre, 2008, n. 25361, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 10, 1494; C. ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, 104.

<sup>29</sup> Emblematica è la pronuncia di Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fallimento*, 2001, 1151 ss., ove si afferma che «in tutte le ipotesi in cui un atto apparentemente... pregiudizievole per la società che lo ha compiuto... è idoneo ad assicurare alla stessa vantaggi connessi alla sua appartenenza al gruppo, l'atto è valido e non in conflitto di interessi...» (corsivi aggiunti). Conf. (limitatamente alle pronunce che si sono occupate di conflitto di interessi nel gruppo) v. App. Milano, 25 febbraio 2003, in *Giur. it.*, 1413; Trib. Milano,

detto: se l'esistenza del conflitto di interessi dipende dal pregiudizio per una società del gruppo, è intuitiva l'idoneità di un meccanismo di compensazione dei danni, qual è la teoria in esame, ad impedire l'impugnabilità a tale titolo dell'atto sociale<sup>30</sup>.

L'esame delle decisioni giurisprudenziali consente anche di capire perché la teoria dei vantaggi compensativi abbia trovato applicazione pure per valutare l'estraneità di un atto infragruppo all'oggetto sociale della società, che lo ha posto in essere. I giudici ritengono estraneo all'oggetto sociale ogni atto, che comporti un'assunzione di rischi senza nessuna contropartita in termini di interesse economico, seppure indiretto, della società e che, in quanto tale, risulta in concreto pregiudizievole<sup>31</sup>. Perciò, nel giudizio di pertinenza di un atto all'oggetto sociale — il quale impone di considerare la potenziale idoneità di un atto a soddisfare un interesse economico della società disponente, tenendo conto di *tutte le circostanze del caso concreto* — l'appartenenza al gruppo diviene fattore rilevante. Nel contesto del gruppo, infatti, l'accertamento in concreto dell'interesse economico di una società viene condotto non in relazione *all'atto di disposizione isolatamente considerato, bensì tenendo conto dei vantaggi conseguibili* (dalla società disponente) *nell'ambito dei rapporti con le altre società, in virtù della strategia imprenditoriale unitaria in cui l'atto si colloca*<sup>32</sup>.

5. Se, senza arrestarsi alle massime, si valutano le motivazioni delle pro-

22 gennaio 2001, in *Fallimento*, 2001, 1143 ss.; Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, cit., 2317. V. in dottrina per l'applicabilità della teoria dei vantaggi compensativi al fine di valutare la sussistenza del conflitto di interessi rispetto alle operazioni infragruppo (e pur con le differenze fra la versione più elastica e quella c.d. ragionieristica), P. MONTALENTI, *op. cit.*, 724 ss.; *Id.*, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 2318 ss.; N. ABRIANI e P. MONTALENTI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 2002, II 634; F. DENOZZA, *op. cit.*, 327; F. BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, 209; M. MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Giappichelli, Torino, 1993, 140.

<sup>30</sup> Cass., 4 ottobre 2010, 20587, cit.

<sup>31</sup> Cass., 13 febbraio 1992, 1759, in *Giur. comm.*, 1993, II, 502; Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Giur. it.*, 1998, 965; Cass., 14 settembre 1976, 3150 in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 220; Cass., 26 agosto 1998, 8472, in *Foro it.*, 2000, I, 2938; Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, cit.; 26 agosto 1998, 8472, in *Foro it.*, 2000, I, 2938; App. Bologna, 26 marzo, 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, 502; Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Giur. it.*, 1998, 965; Trib. Treviso, 22 novembre 1997, in *Dir. fall.*, 1998, II, 960. Per un'impostazione critica su tale orientamento v. M.G. LA VILLA, *L'oggetto sociale*, Giuffrè, Milano, 1974, 259; V. CALANDRA BUONAURO, *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo e G. B. Portale, 4, Utet, Torino, 1991, 191; G. CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires*, Cedam, Padova, 1970, 766; N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2001, 621 ss.; Cass., 12 dicembre 2007, 26011 in *Riv. notariato*, 2008, 6,1447.

<sup>32</sup> In giurisprudenza v. Cass., 4 ottobre 2010, 20597, cit.; Cass., 11 dicembre 2006, 26325 in *Giust. civ.*, 2006, 12, I, 2679; Cass., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Foro it.*, 1977, I, 1998; Cass., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 515; Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, cit.; Cass., 15 giugno 2000, n. 8159, in *Giur. comm.*, 2002, 37; App. Bologna, 22 novembre, 2002, cit.; Cass., 21 luglio 2000, n. 9571, in *Dir. fall.*, 2000, II, 1090. M. MIOLA, *op. cit.*, 120 ss.; P. MONTALENTI, *op. cit.*, 731 ss.



nunce in materia di conflitto di interessi ed estraneità all'oggetto sociale<sup>33</sup>, risulta piuttosto evidente la consonanza fra la concezione dei vantaggi compensativi fatta propria dalla giurisprudenza in materia di revocatoria fallimentare degli atti infragruppo e quella accolta dalle sentenze pronunciate sull'invalidità di questi ultimi per la sussistenza dei vizi appena menzionati. In entrambi i filoni giurisprudenziali si pretende un vantaggio *effettivo, concreto, storicamente realizzatosi, non la mera probabilità di un beneficio*<sup>34</sup>.

Tale orientamento è stato recepito in una recente sentenza della Cassazione<sup>35</sup>, la quale non solo afferma che l'eventualità per cui «un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo non può essere posta in termini *meramente ipotetici*», ma – per concretizzare la precedente affermazione di principio – prevede addirittura la necessità che chi invoca la legittimità dell'atto «...ne fornisca la prova, senza potersi limitare ad allegare la fumosa esistenza di vantaggi compensativi in nome della comune appartenenza delle società al gruppo».

6. Se i superiori rilievi consentono di ricondurre la giurisprudenza, che applica i vantaggi compensativi per la verifica dell'estraneità dell'atto di una dominata al proprio oggetto sociale, nella concezione più rigida (c.d. ragionieristica) degli stessi, non altrettanto si può dire rispetto al profilo quantitativo dei benefici invocati a compensazione dei pregiudizi dell'eterodirezione. Se ben si è compreso, secondo la tesi ragionieristica – sulla scia dell'elaborazione sviluppata sul punto in Germania<sup>36</sup> – il vantaggio, per poter essere qualificato come compensativo, deve essere «proporzionato al pregiudizio, ossia almeno equivalente ad esso»<sup>37</sup>. In pratica quindi, pretendere

<sup>33</sup> È interessante segnalare l'*obiter dictum* di Cass., 11 dicembre 2006, 26325, cit., secondo cui, rispetto a quanto osservato dalla giurisprudenza in materia di vantaggi compensativi della responsabilità risarcitoria degli amministratori, «il discorso non è in sostanza diverso con riguardo al tema» dell'estraneità dall'oggetto sociale dell'atto infragruppo.

<sup>34</sup> V., in materia di estraneità dell'atto infragruppo all'oggetto sociale, App. Bologna, 15 novembre 2002, in *Fallimento*, 2003, 1191 che richiede un «concreto vantaggio economico in relazione alla partecipazione al gruppo»; Trib. Bologna, 22 giugno 1999, in *Giur. comm.*, 521 ove si richiede «la prova circa il vantaggio, specifico e determinato, ...concretamente conseguito»; Cass. 26 agosto 1998, 8472; Cass., 5 dicembre 1998, 12325, cit.; nel senso di accertare se la società del gruppo avvantaggiata avesse «riversato... risorse di un qualche significato» in altra società del gruppo depauperata da un certo atto gestorio si esprime anche Trib. Verona, 31 gennaio 1991, 1088, in *Giur. merito*, 1993, 91 (in relazione ad un'azione ex art. 2409 c.c.); App. Milano, 11 luglio 1991, 1665, in *Giur. comm.* 1993, II, 257 ove (sempre in relazione ad un procedimento ex art. 2409 c.c.) si ravvisa il vantaggio per una società del gruppo nel fatto che «la società controllante rileva (e paga) l'intera produzione della ICIT in blocco» (anche qui il vantaggio è realmente compensativo, non è meramente potenziale).

<sup>35</sup> Cass., 11 dicembre 2006, 26325, cit.

<sup>36</sup> V. sopra, in nota.

<sup>37</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 541. L'autrice individua la differenza fra la concezione più rigida della teoria dei vantaggi compensativi e quella più elastica nel fatto che secondo quest'ultima il giudizio circa l'esistenza di vantaggi compensativi non è di tipo quantitativo.



dei vantaggi così concepiti significa esigere una compensazione che abbia i connotati ricavabili dall'art. 1241 c.c. ss. (ovvero il vantaggio elide il danno per un valore corrispondente a quest'ultimo).

La giurisprudenza in materia di atti *ultra vires* non sembra però richiedere un così rigido bilanciamento fra danno e vantaggio. Accontentandosi dell'afflusso della «liquidità necessaria alla sistemazione dei debiti dell'intero gruppo» da cui dipendeva «lo stesso effettivo avvio dell'attività» della società dominata<sup>38</sup> oppure della funzione di polmone finanziario espletata dalla *holding* rispetto a tutte le società del gruppo<sup>39</sup>, la Suprema Corte pare sminuire la necessità di quantificare esattamente il valore del danno patito dalla eterodiretta e del beneficio da essa tratto in conseguenza dell'appartenenza al gruppo, e limitarsi a valorizzare un giudizio «economico-funzionale»<sup>40</sup>, giudicando sufficiente un beneficio qualsiasi, di cui non è necessario stimare con esattezza il valore per raffrontarlo con l'ammontare del danno, purché non irrilevante. Sembra quindi emergere, sotto questa prospettiva, un avvicinamento della giurisprudenza alla ricostruzione elastica della nozione in esame.

7. Dalla giurisprudenza in materia di conflitto di interessi è possibile trarre anche un'indicazione circa il lasso temporale entro il quale il vantaggio compensativo deve realizzarsi, per escludere l'invalidità dell'atto compiuto da una società del gruppo. In una pronuncia della Suprema Corte<sup>41</sup> si legge che la situazione di incompatibilità fra esigenze del rappresentato e del rappresentante «integrando una ragione d'annullabilità per vizio della volontà negoziale, è da apprezzarsi con riferimento al tempo del perfezionamento del contratto, *restando irrilevanti le vicende successive*; l'atto idoneo al conseguimento degli obiettivi del rappresentato, pure se convergenti con quelli del rappresentante, non è invalidabile a posteriori, per eventi sopraggiunti che possano contrapporre interessi prima paralleli». Da questa affermazione di principio può desumersi la seguente conclusione: siccome la Corte ritiene rilevanti i vantaggi compensativi di gruppo per escludere l'esistenza del vizio del conflitto di interessi; e siccome il momento in cui tale vizio deve essere accertato è quello della conclusione del negozio; ne consegue che il vantaggio compensativo idoneo ad escludere l'impugnabilità dell'atto è solo quello esistente alla data appena indicata<sup>42</sup>. Il che contrasta con

<sup>38</sup> Cass., 4 agosto 2006, 17696, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8 ove si discuteva dell'estraneità all'oggetto sociale di un contratto di mutuo stipulato con una banca da una società eterodiretta.

<sup>39</sup> Cass., 5 dicembre 1998, 12325, cit.

<sup>40</sup> Credo che con il sintagma «giudizio economico-funzionale» la tesi più elastica dei vantaggi compensativi intenda che deve sussistere una relazione, un collegamento fra il danno ed il beneficio «compensativo», ma tale relazione non deve risolversi in un bilanciamento perfetto, cioè in una compensazione in senso civilistico, ma in un legame per cui, dal punto di vista economico e dal punto di vista della funzione, una certa operazione avvantaggia una società che è stata precedentemente lesa da un'altra.

<sup>41</sup> Cass., 26 agosto 1998, 8472, cit.

<sup>42</sup> Si noti che la sentenza citata trova conferma nella pronuncia della Corte d'Appello di Bologna, 12 giugno 2003, inedita, la quale precisa che l'interesse della società del gruppo capace di compensare il pregiudizio derivante da un atto di disposizione deve sussistere proprio «con riferimento alla data di compimento dell'atto».

quanto si è ritenuto di poter ricavare dalla giurisprudenza in materia di revocatoria fallimentare degli atti infragruppo circa il limite temporale – identificato nel momento del giudizio – di rilevanza della compensazione fra pregiudizio e beneficio. La giurisprudenza qui in esame, cioè, sembra avvicinarsi alla recente opinione dottrinale, che ritiene rilevante (sebbene in ordine alla responsabilità *ex art.* 2497, 1 co., c.c.) per la compensazione del danno un vantaggio non solo effettivo e proporzionato al pregiudizio, ma anche certo nel senso di «già corrisposto ovvero corrisposto contestualmente all'imposizione della direttiva pregiudizievole»<sup>43</sup>.

8. Si deve, infine, rilevare che l'onere di provare la sussistenza di vantaggi compensativi viene addossato dalla giurisprudenza in esame al soggetto che ne invoca l'esistenza al fine di affermare la legittimità di un atto rispetto al limite dell'oggetto sociale<sup>44</sup>. Analoga, peraltro, è la conclusione ricorrente nelle pronunce in materia di onerosità o gratuità dell'atto revocando<sup>45</sup>.

9. Anche in relazione all'ambito nel quale la teoria in esame ha trovato espresso riconoscimento normativo a seguito della riforma del diritto societario, si procederà a vagliare la decisioni delle corti, per appurare se esse abbiano sposato la lettura c.d. «elastica» o quella più rigida e quantitativa dei vantaggi compensativi.

La pronuncia che maggiormente ha attirato l'interesse della dottrina – che le ha dedicato diverse note di commento, forse perché è la prima che ha fatto ricorso ai vantaggi compensativi dopo l'entrata in vigore della riforma societaria, sebbene decidendo una controversia regolata dal diritto previgente – è Cass., 24 agosto 2004, 16707<sup>46</sup>.

La sentenza non affronta in modo esplicito la questione se la valutazione dell'eventuale sussistenza di vantaggi compensativi in capo alla società debba essere frutto di una valutazione *ex ante* o se, invece, essa debba basarsi su una valutazione quantitativa, effettuata *ex post*, dei benefici che la società facente parte del gruppo abbia concretamente conseguito dall'operazione posta in essere. Tuttavia, sembrerebbe desumersi dalla motivazione che la Suprema Corte propenda per questa seconda alternativa: alla base della valutazione del giudice non vi è tanto una considerazione del risultato complessivo, che l'amministratore poteva ragionevolmente attendersi al momento di assumere la decisione, bensì una considerazione dei «riflessi positivi... che quell'atto abbia *arrecato* al gruppo». Tale espressione, se presa alla lettera, rimanda – come reso evidente dal tempo del verbo utilizzato – a benefici, che un determinato atto abbia già prodotto, nel momento in cui se ne valuta l'idoneità a costituire la fonte di un pregiudizio patrimoniale e di una conseguente responsabilità risarcitoria<sup>47</sup>. L'im-

<sup>43</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 541.

<sup>44</sup> Cass., 11 dicembre 2006, 26325, cit. Si veda oltre per l'esame del medesimo profilo applicativo dei vantaggi compensativi, in relazione alla responsabilità risarcitoria.

<sup>45</sup> Cass. 4770/2007; Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, cit.

<sup>46</sup> V. la sentenza in *Giur. comm.*, 2005, 405 ss.

<sup>47</sup> Peraltro tale valutazione è condivisa anche dalla dottrina che ha annotato la sentenza in esame: v. F. SALINAS, *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2005, 246 ss.

pressione sembra confermata anche dal principio (peraltro riportato nella massima ufficiale) per cui «non è sufficiente...*la mera ipotesi* della sussistenza dei...vantaggi [compensativi], ma l'amministratore ha l'onere di allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti...e la loro idoneità a compensare *efficacemente* gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta». Il giudice di legittimità sembra orientato verso una lettura restrittiva (e spiccatamente quantitativa) dei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo, in quanto fa riferimento all'«efficace compensazione» del pregiudizio eventualmente subito da parte della società controllata<sup>48</sup>.

10. La Corte, peraltro, abbinando l'effetto patrimoniale «immediatamente negativo» di un determinato atto di gestione con gli eventuali riflessi positivi che ne siano «eventualmente derivati in conseguenza della partecipazione della singola società ai vantaggi che quell'atto abbia arrecato al gruppo di appartenenza», non pare postulare come imprescindibile una coincidenza ovvero una ravvicinata prossimità temporale tra danno e beneficio correlato<sup>49</sup>. Il che rimanda alla ricostruzione del regime temporale della compensazione, che si è ritenuto di poter desumere dalla giurisprudenza citata in materia di revocatoria fallimentare degli atti infragruppo: i vantaggi compensativi rilevano al fine di qualificare come oneroso un determinato atto se, pur essendo non contestuali, bensì successivi al verificarsi dell'effetto pregiudizievole, si sono concretamente, effettivamente realizzati al momento in cui il giudice è chiamato a pronunciarsi<sup>50</sup>.

11. Difficilmente compatibile con la prospettiva propria della disciplina in materia di gruppi appare la valutazione da parte della Cassazione dei soli effetti prodotti dal *singolo, isolato* atto piuttosto che dell'attività di direzione e coordinamento considerata complessivamente, come sembra imporre l'art. 2497, 1 co., 2 periodo, c.c. La sentenza, infatti, riferisce la compensazione «all'effetto patrimoniale immediatamente negativo di un determinato *atto* di gestione» e ai «vantaggi che quell'*atto* abbia arrecato al gruppo di appartenenza» (corsivi aggiunti). Al riguardo, la pronuncia propone una ricostruzione della teoria dei vantaggi compensativi appiattita sulla regola della *compensatio lucri cum damno*, che appare però del tutto diversa dalla scriminante della responsabilità da eterodirezione abusiva, a cui la riforma del di-

<sup>48</sup> Il sintagma utilizzato nella sentenza richiama direttamente quanto sostenuto dalla più recente dottrina pronunziata a favore della tesi c.d. ragionieristica dei vantaggi compensativi, la quale afferma che «la politica di gruppo... non può non trovare un limite nell'imposizione ad una o più società di un pregiudizio... non compensato da un vantaggio effettivo, certo, dimostrabile e proporzionato al pregiudizio, ossia almeno equivalente ad esso» (G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 541). Ma in tal senso, a commento della sentenza, già, probabilmente, V. CARIELLO, *op. cit.*, 388 ove si legge che «il requisito della efficace compensazione invocato dalla Cassazione, una volta innestato sulla formulazione dell'art. 2497, comma 1°, c.c., può dirsi soddisfatto se il (quantificato) danno risulta (interamente) mancante; e viceversa, solo se un danno risulta mancante è consentito affermare essersi realizzata una efficace compensazione».

<sup>49</sup> Si riprende l'osservazione di V. CARIELLO, *op. cit.*, 375 ss.

<sup>50</sup> Una simile ricostruzione dell'orizzonte temporale entro il quale deve realizzarsi la compensazione è sostenuta da V. CARIELLO, *op. cit.*, 375 ss.

ritto societario ha dato ingresso nel codice civile<sup>51</sup>. Già dal tenore letterale della previsione della responsabilità nel gruppo emerge con chiarezza che il danno può mancare (così come la relativa responsabilità risarcitoria) sia «alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento», sia perché «integralmente eliminato... a seguito di operazioni a ciò dirette» (art. 2497, 1 co., c.c.), quindi in conseguenza di benefici che, per essere causalmente collegati, per espressa previsione legislativa, alla complessiva attività di eterodirezione o ad una specifica operazione avente funzione indennitaria, non necessariamente costituiscono effetti dello stesso identico atto pregiudizievole<sup>52</sup>. Al contrario, affinché possa trovare applicazione la *compensatio lucri cum damno* è necessario che il vantaggio per danneggiato provenga dal medesimo atto che ha cagionato il pregiudizio: la sua ammissibilità è limitata entro gli stretti confini della diretta derivazione causale del vantaggio dal medesimo fatto da cui deriva anche il danno<sup>53</sup>. È corretto ritenere che i benefici correlati di gruppo operino in ossequio ai principi della c.d. unicità causale e della omogeneità dei reciproci vantaggi, su cui tradizionalmente viene eretta la *compensatio lucri cum damno*<sup>54</sup>. Ma la teoria in esame differisce da quest'ultima in quanto «l'unicità causale riguarda un'attività – quella di direzione e coordinamento – non un atto: nel senso che l'unicità del nesso eziologico di danni e benefici va valutata rispetto all'attività, non all'atto che pur ne sia concreta manifestazione. Il presupposto del nesso causale unitario risulta ridisegnato alla luce del funzionamento del meccanismo rispetto a un'attività non a un atto»<sup>55</sup>.

Oltre a porsi in contraddizione con la concezione normativa dei vantaggi compensativi, la ricostruzione del funzionamento del meccanismo proposta dalla sentenza qui in esame contrasta anche con quella giurisprudenza consolidata, che lo ha applicato per accertare il titolo gratuito o oneroso di un atto infragruppo, al fine della sua sottoposizione alla revocatoria fallimentare. Come già rilevato, le Sezioni Unite hanno espressamente affermato – recependo, peraltro, un principio da tempo ricorrente nelle sentenze pre-

<sup>51</sup> V. infatti, sul punto, le osservazioni critiche alla sentenza di V. CARIELLO, *op. cit.*, 375 ss. F. SALINAS, *op. cit.*, 246 ss. S. GIOVANNINI, *op. cit.*, 46 ss.

<sup>52</sup> Ma che il vantaggio compensativo non debba necessariamente trovare la sua causa nel medesimo atto che ha prodotto il pregiudizio è sottolineato anche nella Relazione al Progetto Mirone.

<sup>53</sup> Cfr. per tutti R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di "compensatio lucri cum damno"*, in *Scritti giuridici*, 1, *Scritti di diritto civile*, Padova, 1996, 571 ss.; Cass., 14 maggio 1997, n. 4237, in *Giust. civ.*, 1997, 735.

<sup>54</sup> Su cui v., fra altre, Cass., 12 maggio 2003, n. 7269, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Danni civili*, n. 299; Cass., 15 aprile 1998, n. 3807, in *Giur. it.*, 1999, I, 223 ss.; Cass., 6 ottobre 1997, n. 9704, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Danni civili*, n. 268; Cass. 19 giugno 1996, n. 5650 in *Mass. Giur. It.*, 1996; nonché in dottrina, per tutti, P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 1998, 340 ss.

<sup>55</sup> V. CARIELLO, *op. cit.*, 375 ss. Per la differenza essenziale tra la teoria della *compensatio lucri cum damno* (che è criterio per graduare la responsabilità esistente sotto il profilo quantitativo, ossia dell'entità del risarcimento) e la teoria dei vantaggi compensativi (quale causa scriminante che esclude l'antigiuridicità della condotta della capogruppo e quindi l'insorgere della relativa responsabilità) v. M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2007, 660.

cedenti e quindi da considerare pacifico – che la teoria dei vantaggi compensativi costituisce l'applicazione nel contesto del gruppo della concezione della causa concreta del negozio e del fenomeno del collegamento negoziale. Ciò significa riconoscere che il vantaggio capace di compensare il pregiudizio cagionato ad una società del gruppo da un atto di disposizione non deve necessariamente essere generato da quest'ultimo, ma può derivare da un rapporto giuridico diverso anche se collegato. Il concetto di causa concreta ed il rilievo attribuito al collegamento negoziale permettono, infatti, di considerare *l'intera operazione economica* realizzata da più parti, sebbene la stessa risulti strutturata mediante negozi distinti. Riassumendo, quindi, sia la formula letterale dell'art. 2497, 1 co., c.c., sia la concezione dei vantaggi compensativi accolta dalla giurisprudenza in materia di revocatoria fallimentare sembrano indicare l'inesattezza della versione particolarmente stringente di tale teoria recepita nella prima pronuncia della Cassazione, ove essa è stata applicata alla responsabilità civile degli amministratori.

12. Risulta, invece, da condividere la decisione di addossare l'onere probatorio relativo all'esistenza del vantaggio in capo agli amministratori convenuti in responsabilità. Tale onere, infatti, in conformità ad un principio generale di natura processuale, deve incombere sui soggetti che si trovino nelle migliori condizioni per assolverlo efficacemente. Nel caso sottoposto alla cognizione della Cassazione, l'applicazione di tale direttiva generale conduce alla conclusione prospettata dalla sentenza, posto che i gestori della società eterodiretta sono i soggetti ai quali si impone sia l'indicazione degli effetti che l'attività di direzione e coordinamento ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati (art. 2497-*bis*, comma 5° c.c.), sia di motivare analiticamente le decisioni influenzate dall'eterodirezione (2497-*ter* c.c.); ed in quanto risulta evidente come il risultato dell'attività di direzione e coordinamento *ex* art. 2497, 1 co., c.c. di cui occorre tener conto per decidere se vi sia stata una compensazione giuridicamente rilevante «può...ben trasparire» dagli adempimenti appena elencati<sup>56</sup>.

13. Qualche ulteriore riflessione merita il passaggio della pronuncia in esame dove si è ritenuta applicabile la teoria dei vantaggi compensativi, al fine di giudicare la responsabilità *ex* art. 2393 c.c. degli amministratori di una società eterodiretta.

La questione assume particolare interesse in considerazione del fatto che l'art. 2497, 1 co., c.c., prevede il meccanismo compensativo solo in relazione alla speciale responsabilità, lì disciplinata, da abuso di direzione e coordinamento e solo al fine di esonerare dall'obbligo risarcitorio la società o l'ente, a cui quest'ultima sia imputabile in via principale, non coloro che rispondono in solido per aver preso parte a tale fatto lesivo o per averne consapevolmente tratto beneficio (art. 2497, 2 co., c.c.); né coloro che possono risultare responsabili ai sensi delle norme di diritto societario comune, di cui agli artt. 2392 ss. c.c. Tuttavia, per quanto riguarda la responsabilità so-

<sup>56</sup> V. CARIELLO, *op. cit.*, 388, ma in relazione solo all'art. 2497 *bis*, 5 co., c.c. Per la rilevanza anche dell'art. 2497 *ter* c.c. sia consentito rinviare a L. BENEDETTI, *La responsabilità «aggiuntiva» ex art. 2497, 2° comma c.c.*, Giuffrè, Milano, 2012, 24 ss.

lidale prevista dal secondo comma della norma di apertura del capo IX, non pare che la mancanza di un riferimento normativo espresso ai vantaggi compensativi ne escluda l'efficacia scriminante. Come altrove si è cercato di dimostrare<sup>57</sup>, tanto la responsabilità di chi ha comunque preso parte al fatto lesivo, quanto quella di chi ne ha beneficiato consapevolmente sono accessorie rispetto alla responsabilità per abuso di eterodirezione, nel senso che l'esistenza di entrambe presuppone necessariamente la configurabilità della responsabilità di cui al 1° comma dell'art. 2497 c.c. Pertanto, l'efficacia scriminante che i vantaggi compensativi esplicano rispetto a quest'ultima, si riverbera inevitabilmente anche sulla responsabilità solidale di cui al capoverso dell'art. 2497<sup>58</sup> c.c.

Maggiormente preziosa pare invece l'indicazione che la sentenza in esame fornisce rispetto al secondo profilo problematico di operatività dei vantaggi compensativi, ossia la loro applicabilità quale causa che elide la responsabilità degli amministratori della eterodiretta, ai sensi del diritto societario ordinario. La rilevanza dei vantaggi compensativi è infatti valutata dalla Cassazione in relazione all'azione sociale di responsabilità promossa dalla società eterodiretta contro i propri amministratori. La fattispecie oggetto della sentenza sembrerebbe quindi indicare come, ad avviso della Suprema Corte, il meccanismo compensativo contemplato espressamente dalla legge per la responsabilità speciale ex art. 2497, 1° co., c.c., possa trovare applicazione anche rispetto alla responsabilità prevista dagli artt. 2392 ss.<sup>59</sup> c.c. Questa indicazione giurisprudenziale è plausibile, purché, però, si escluda l'operatività dei vantaggi compensativi rispetto alla responsabilità ex art. 2395 c.c. La formulazione della norma in materia di responsabilità nel gruppo, infatti, riferisce l'operare della compensazione al danno per i soci ed i creditori della eterodiretta. Rispetto ad entrambe le categorie, l'art. 2497, 1° co., c.c. menziona pregiudizi che incidono direttamente sul patrimonio della società dominata e solo di riflesso sui suoi soci e creditori. Rimane quindi escluso dal meccanismo compensativo quel danno diretto ai soci o ai terzi, per risarcire il quale può essere esperita l'azione ex art. 2395 c.c., poiché il beneficio di cui fruisce il patrimonio sociale risulta irrilevante rispetto al pregiudizio che incide sui patrimoni individuali dei soggetti menzionati in quest'ultima proposizione normativa.

Si deve, altresì, rilevare che la conclusione cui perviene la pronuncia in esame della Cassazione – l'applicabilità dei vantaggi compensativi come esimente anche delle responsabilità contemplate dal diritto commerciale comune rispetto agli amministratori della società monade – non appare pie-

<sup>57</sup> Sia consentito rinviare a L. BENEDETTI, *op. cit.*, 48 ss.

<sup>58</sup> Lo rileva già V. CARIELLO, *op. cit.*, 386 ove si afferma che «il danno venuto meno per effetto della compensazione...non certo rinvive rispetto agli altri coobbligati solidali, avendo il vantaggio svolto la sua funzione satisfattiva sul piano oggettivo una volta per tutte».

<sup>59</sup> Sui rapporti di interferenza che possono esistere fra la responsabilità ex art. 2497, 2° co., c.c. primo periodo, e le responsabilità previste dal diritto societario comune rispetto agli amministratori della eterodiretta si rimanda a V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Rivista delle società*, 2003, 1253 e infine a A. VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*.



namamente convincente ed, anzi, risulta difforme da quanto asserito dalla dottrina espressasi in argomento. Al riguardo, si è rilevato che la regola «puoi danneggiare a condizione che il danno sia *aliunde* compensato si risolve nell'attribuzione a favore del titolare dell'attività di direzione e coordinamento – così come dei suoi co-responsabili in solido – di un privilegio, essendo essa più favorevole per l'agente del divieto puro e semplice di cagionare un danno ad altri»<sup>60</sup>. «Detta disciplina» – si aggiunge – «costituisce sviluppo ed applicazione del principio della legittimità della direzione e coordinamento di società: nel senso che l'esercizio di tale attività, dunque il dispiegarsi delle politiche di gruppo, incontrerebbe ostacoli consistenti, se non fosse prevista la possibilità di compensare i sacrifici scaturenti, a carico di una delle società del gruppo, da una determinata operazione con i vantaggi derivanti da altre operazioni previste all'interno della medesima strategia». Perciò – si conclude – «se e nei limiti in cui lo specifico modello organizzativo dell'iniziativa economica è ammesso dall'ordinamento, esso deve poter consentire una gestione efficiente e fluida dell'iniziativa economica «policorporativa». Il divieto «secco» di emanare direttive pregiudizievoli per la singola società potrebbe risultare disfunzionale rispetto a tale esigenza; funzionale è invece il riconoscimento alla società o ente titolare della «direzione unitaria del gruppo» di un potere discrezionale di contenuto ampio, che consenta di superare la pluralità soggettiva, attraverso lo spostamento di risorse economiche e finanziarie all'interno del gruppo stesso come se questo fosse un'unica impresa, attraverso la distribuzione dei vantaggi e delle opportunità di guadagno in maniera anche ineguale fra le diverse società, e persino attraverso l'adozione di strategie imprenditoriali che risultano antieconomiche per una o più società e si risolvono in sacrifici o pregiudizi per i loro portatori di interessi: riconoscimento tuttavia subordinato alla condizione che il pregiudizio arrecato venga neutralizzato con l'attribuzione, alla società che lo ha subito, di un vantaggio equivalente in un arco temporale determinato»<sup>61</sup>. Se questo è il fondamento della previsione dei vantaggi compensativi nel microsistema normativo del capo IX del codice civile, allora una regola analoga appare inapplicabile alle azioni di responsabilità contemplate in relazione alla società autonoma, poiché essa si rivela in antitesi con l'ottica atomistica dell'apprezzamento e dell'eventuale perseguimento del *singolo* atto

<sup>60</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 534 e nt. 26, la quale precisa che tramite il recepimento normativo della teoria dei vantaggi compensativi si introduce una specifica *business judgment rule* operante a livello di gruppo capace di ampliare la discrezionalità della *holding* nell'esercitare l'attività di direzione unitaria; M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, 74 e nt. 23 ove ampi riferimenti alla dottrina tedesca; infine M. MOZZARELLI, *L'interesse imprenditoriale proprio o altrui: appunti sul rapporto fra la capogruppo e gli amministratori della società soggetta a direzione e coordinamento*, in *NDS*, 2012, 102 ss; L. BENEDETTI, *op. cit.*, 236 nt. 151, ove ulteriori riferimenti.

<sup>61</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 534 ss. Per qualche spunto aggiuntivo sulla coerenza della previsione dei vantaggi compensativi in relazione ad un sistema normativo che disciplina fondamentalmente un'attività (un modello normativo c.d. ad attività, per usare l'espressione coniata da P. Ferro Luzzi), sia consentito rimandare a L. BENEDETTI, *op. cit.*, 96 ss.



dannoso propria delle norme che le disciplinano (artt. 2393 ss. c.c.; 2476, 7 co., c.c.)<sup>62</sup>.

14. Una volta esposto il *leading case* in materia di vantaggi compensativi (almeno per quanto concerne la loro applicazione nell'ambito della responsabilità risarcitoria), appare interessante verificare come la giurisprudenza in tema di responsabilità nel gruppo precedente e successiva si relazioni rispetto ai principi da esso desumibili.

Partendo dalla questione del soggetto che ha l'onere di provare l'esistenza dei vantaggi compensativi, l'opinione al riguardo espressa dalla giurisprudenza di legittimità<sup>63</sup> è contraddetta da alcune pronunce di merito. In particolare, una recente sentenza del tribunale di Milano – particolarmente interessante, in quanto avente per oggetto proprio una fattispecie concreta suscumbibile nell'art. 2497, 1 co., c.c., ossia un'azione di responsabilità esperita dal socio minoritario della dominata nei confronti della capogruppo – pare concludere che è onere dell'attore in responsabilità, piuttosto che del convenuto, dimostrare la non intervenuta compensazione degli effetti dannosi conseguenti all'attività di eterodirezione abusiva<sup>64</sup>. In particolare il giudice meneghino asserisce che nel caso di specie non si discuteva di eventuali vantaggi compensativi (la cui prova, si afferma incidentalmente, potrebbe essere posta a carico del convenuto), ma dell'adeguata individuazione del fatto lesivo, che spetta all'attore in responsabilità provare. Al riguardo l'attore non potrebbe limitarsi a dimostrare il compimento di singoli atti pregiudizievoli per la dominata, ma avrebbe altresì l'onere di provare che la complessiva politica di gruppo è stata svantaggiosa per quest'ultima. A ben vedere, però, una simile affermazione di principio finisce sostanzialmente per gravare chi agisce in responsabilità del compito di raffrontare e soppesare i vantaggi e gli svantaggi connessi dalla complessiva attività di eterodirezione, e così an-

<sup>62</sup> V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.B. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3 UTET, Torino, 2006, 685; V. CARIELLO, *La s.r.l. di gruppo*, in *S.r.l. commentario*, Giuffrè, Milano, 2011, 1064, entrambi con riferimento all'azione di responsabilità contro il socio eterogestore di s.r.l. Sulla base della conclusione da ultimo proposta nel testo, si trae argomento per risolvere i problemi di coordinamento delle diverse azioni di responsabilità, nel gruppo e proprie della disciplina della società monade, teoricamente concorrenti nei confronti dei diversi responsabili all'interno del gruppo, in base al principio di specialità. Sul punto sia consentito rinviare a L. BENEDETTI, *Il coordinamento degli ambiti di applicazione degli artt. 2476, 7 co., e 2497 c.c.*, in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*

<sup>63</sup> V. la sentenza fin'ora esaminata nel testo e Cass. 11 dicembre 2006, 26325, cit. (che pure si è pronunciata sull'estraneità all'oggetto sociale).

<sup>64</sup> Trib. Milano, 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, 78. Nel pervenire ad una simile conclusione, la sentenza in esame si pone in continuità con alcuni precedenti del foro di Milano: App. Milano, 11 luglio 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 15, secondo cui l'appartenenza al gruppo farebbe presumere l'esistenza dei vantaggi compensativi, la cui mancanza deve perciò essere provata dalla società che agisce contro i propri amministratori; App. Milano, 13 aprile 2001, inedita, cassata proprio da Cass., 24 agosto 2004, 16707, cit. Nel senso di addossare l'onere di provare i vantaggi compensativi all'attore (citando la sentenza della Cass. del 2004) v. anche trib. Roma, 5 febbraio 2008, 2688, in *Società*, 2009, 491 (caso Cirio vs. Cragnotti e vari istituti bancari).

che dell'onere di dimostrare l'insussistenza di eventuali effetti positivi per la controllata, capaci di compensare il pregiudizio da essa patito<sup>65</sup>.

Al riguardo, sembra possibile affermare la preferibilità della tesi sostenuta dalla Cassazione, recepita, peraltro, anche dalla dottrina maggioritaria<sup>66</sup> in quanto:

- deve trovare applicazione il principio della «vicinanza della prova», per cui la capogruppo, i suoi amministratori e quelli della dominata convenuti sono i soggetti che più dei legittimati attivi ex art. 2497, 1 co., c.c. conoscono dati ed informazioni rilevanti per configurare i vantaggi compensativi (arg. ex artt. 2497 *bis*, co. 5 e 2497 *ter* c.c.)<sup>67</sup>;

- imponendo all'attore la prova dei vantaggi compensativi si contraddice il principio *negativa non sunt probanda*<sup>68</sup>;

- il convenuto, facendo valere l'esistenza dei vantaggi compensativi, si difende tramite un'eccezione in senso sostanziale, ossia adducendo fatti diversi da quelli posti a fondamento della domanda attorea. In tal caso, la giurisprudenza afferma che lo stesso soggetto è tenuto, ai sensi dell'art. 2697 c.c., a fornire la prova di tali fatti<sup>69</sup>;

- sulla corretta ripartizione dell'onere probatorio influisce la natura della responsabilità ex art. 2497, 1 co., c.c. Se, come si è altrove sostenuto<sup>70</sup>, essa ha natura contrattuale, si deve tener conto che le Sez. un. hanno posto a

<sup>65</sup> V. la sentenza del Trib. di Milano cit. nel testo, al passaggio che afferma l'onere dell'attore di dedurre «il carattere complessivamente svantaggioso dell'intera operazione, e ciò nel necessario raffronto e bilanciamento tra le diverse voci di costo e di ricavo che vengono in rilievo». Probabilmente la sentenza in esame perviene a tale conclusione sulla base dell'assunto per cui l'assenza dei vantaggi compensativi costituirebbe elemento costitutivo del fatto lesivo e come tale oggetto di prova da parte di chi asserisce l'esistenza di quest'ultimo quale fonte di responsabilità ex art. 2697 c.c.

<sup>66</sup> Si rimanda per un'ampia indagine al riguardo, di cui qui è possibile trarre solo qualche spunto, S. GIOVANNINI, *Responsabilità della capogruppo, vantaggi compensativi e onere della prova*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 276 ss.; V. CARIELLO, *Direzione*, cit., 1236 ss.

<sup>67</sup> La dottrina sottolinea il significato di quest'ultima disposizione in ordine al funzionamento della compensazione di gruppo (v. V. CARIELLO, *Direzione*, cit., 1236 ss. testo e nt. 24 ove si afferma: «la valutazione del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento in funzione esimente la responsabilità da attività di direzione e coordinamento...si avvarrà del contributo essenziale sia della motivazione richiesta dall'art. 2497 *ter* sia dell'indicazione nella relazione sulla gestione della società diretta e coordinata degli effetti che l'attività di direzione e coordinamento ha prodotto sui suoi risultati»). L'eterodirezione viene esercitata dalla *holding* e, per essa, dai suoi amministratori, quale attività gestoria che rientra nelle loro competenze. Essi quindi sono soggetti perfettamente consapevoli dei benefici e dei pregiudizi che ad essa possono conseguire. Lo stesso dicasi per gli amministratori della controllata, che adempiono all'obbligo di motivazione sulla base delle informazioni provenienti dalla capogruppo, che, sulla scorta dei medesimi dati devono anche indicare nella relazione sulla gestione l'effetto dell'eterodirezione sull'esercizio dell'impresa e sui suoi risultati. In generale condividono la maggior vicinanza alla prova dei convenuti in caso di azione ex art. 2497, 1 co., c.c., N. ABRIANI, *op. cit.*, 620; R. SACCHI, *op. cit.*, 638; V. CARIELLO, *La "compensazione"*, cit., 394 ss.

<sup>68</sup> N. ABRIANI, *op. cit.*, 620; S. GIOVANNINI, *Responsabilità*, cit., 281.

<sup>69</sup> Cass., 20 aprile 1996, 3775, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 617; MONTESANO e ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile, Principi generali, rito ordinario di cognizione*, 1, Padova, 2001, 1172.

<sup>70</sup> L. BENEDETTI, *La responsabilità*, cit., 23 ss.

carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento al fine di esentarsi dalla responsabilità<sup>71</sup>. Quindi la capogruppo, quando le viene imputato di aver violato l'obbligo di esercitare l'attività di direzione e coordinamento in conformità ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, deve dimostrare che tale inadempimento non sussiste per la presenza di vantaggi compensativi in applicazione della regola generale di cui all'art. 1218 c.c.<sup>72</sup>

Quanto alla nozione di vantaggio idoneo a compensare il pregiudizio arrecato ad una società eterodiretta, si è detto che la sentenza del 2004 della Cassazione adotta una concezione estremamente restrittiva, considerando rilevante solo quei benefici derivanti dal medesimo atto che cagiona anche il danno. Sul punto la pronuncia del Tribunale di Milano già menzionata non prende espressamente posizione. Comunque, si deve rilevare come la riconducibilità dell'intero fascio di operazioni valutate dal giudice ad un unico accordo contrattuale stipulato fra le società del gruppo ha consentito, in quel caso concreto, di ritenere conseguenti al medesimo atto sia il danno sia gli eventuali vantaggi<sup>73</sup>. Quindi la particolarità della fattispecie ha fatto sì che il vantaggio compensativo avrebbe potuto essere considerato esistente anche in base alla rigida concezione che di esso ha fornito la giurisprudenza di legittimità. Sembra allora possibile indurre dalla pronuncia del Trib. di Milano che qualora la capogruppo abbia l'accortezza di inserire le operazioni infragruppo (anche se fra loro diverse e non contemporanee) in un contratto formale, a cui partecipino anche le società dominate, essa potrebbe invocare l'esimente dei vantaggi compensativi per sottrarsi alla responsabilità risarcitoria anche alla luce dell'orientamento al riguardo maturato nella giurisprudenza di legittimità, che assimila i vantaggi compensativi alla *compensatio lucri cum damno*.

Collegata a quanto appena rilevato è la questione se la giurisprudenza in materia di responsabilità risarcitoria ritenga rilevante solo un vantaggio che compensi *effettivamente* il pregiudizio oppure anche una considerazione probabilistica o prognostica dei riflessi favorevoli, ossia una compensazione soltanto possibile. A fronte di una non chiara presa di posizione della Cassazione, occorre considerare come si è espressa sul punto la giurisprudenza di merito. Al pari di quanto accade in dottrina, anche in quest'ultima non sussiste un'opinione omogenea. Infatti, se da una parte recepiscono esplicita-

<sup>71</sup> Cass. Sez. un. 30 ottobre 2001, 13533, in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, 349.

<sup>72</sup> Si tenga tuttavia presente che quest'ultima argomentazione non potrebbe valere rispetto alla responsabilità solidale di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo, laddove si consideri questa responsabilità (da concorso nell'inadempimento della capogruppo) avente natura aquiliana.

<sup>73</sup> Nella fattispecie concreta sottoposta alla cognizione del Tribunale di Milano si individuava quale fonte della responsabilità ex art. 2497 c.c. «la predisposizione e concreta esecuzione di un progetto di riorganizzazione unitario dell'intero sistema di commercializzazione dei prodotti delle diverse società del gruppo che sarebbe tale da penalizzare ingiustificatamente B. s.p.a. a favore di alte società del gruppo controllate totalitariamente dall'azionista di riferimento». In pratica nel caso specifico l'attività di eterodirezione abusiva era stata fatto oggetto di un contratto formale sottoscritto dall'attrice danneggiata, dalla sorella beneficiaria dell'illecito e dalla società esercente l'attività di direzione e coordinamento.

mente la seconda opzione due sentenze anteriori all'entrata in vigore della riforma del diritto societario<sup>74</sup>, dall'altra sembra accogliere, invece, la prima alternativa la sentenza del Trib. di Roma resa sull'importante caso Cirio<sup>75</sup>. Su una fattispecie particolare si è, infine, pronunciato il Trib. Roma, 27 agosto/13 settembre 2007, il quale prende sì in considerazione una mera «aspettativa» di vantaggio a fronte, però, di un danno che non è certo al momento del giudizio, ma invece «futuro e incerto» (sono parole della pronuncia).

Si è già rilevato il carattere discutibile della valutazione da parte della Cassazione 16707/2004 dei soli effetti prodotti dal *singolo, isolato* atto piuttosto che dell'attività di direzione e coordinamento considerata complessivamente al fine di operare una compensazione fra danno e vantaggi derivanti dall'attività di eterodirezione. In senso conforme al precedente di legittimità, sembra ormai «incanalata», tuttavia, la giurisprudenza più recente in materia di responsabilità nel gruppo, che ha recepito il principio di diritto per cui la compensazione costi/benefici deve essere effettuata con riferimento al singolo atto pregiudizievole, non essendo sufficiente un generico bilanciamento dei vantaggi e degli svantaggi della gestione complessiva del gruppo. In tal senso, richiamando proprio la pronuncia della Cassazione già esaminata, si afferma in modo inequivoco che «vantaggio compensativo è...quello causalmente legato, al pari del danno, al medesimo, specifico atto di gestione compiuto dall'amministratore, e non quello costituente l'effetto di una distinta serie causale. Né potrebbe essere altrimenti, trattandosi di determinare il danno derivante appunto da ciascun atto di gestione (assunto come colpevole fonte di responsabilità...)»<sup>76</sup>.

La conseguenza che evidentemente deriva da tale restrittivo orientamento della giurisprudenza è l'ampliamento dell'ambito di applicazione della responsabilità *ex art. 2497 c.c.* In tal modo si giunge così a delineare un modello di attività di direzione e coordinamento legittima probabilmente non

<sup>74</sup> Trib. Milano, 22 gennaio 2001, *Mass. Giur. it.*, 2001; Trib. Torino, 4 dicembre 2000, inedita, ove per accertare l'interesse di una società del gruppo a sostenere, attraverso fideiussioni, la liquidità di altre società raggruppate si afferma la necessità di porsi «in una valutazione *ex ante*».

<sup>75</sup> Trib. Roma, 5 febbraio 2008, 2688, cit., ove si legge che «anche a voler considerare che la contropartita per la Cirio spa fosse in quel momento rappresentata, nel programma imprenditoriale perseguito dal C, dall'acquisto (e dal valore) di quelle partecipazioni...non si tratterebbe comunque di vantaggi» *effettivi* (corsivo aggiunto). Ma in senso analogo (in un caso in cui gli amministratori erano stati convenuti *ex art. 2409 c.c.* per il compimento di atti in conflitto di interessi) App. Milano, 11 luglio 1991, cit., la quale non ha ritenuto decisiva per la prova del pregiudizio della controllata il fatto che essa vendesse la propria produzione alla controllante ad un prezzo inferiore a quello di mercato, perché «risultava (quindi era concretamente esistente e provato il vantaggio consistente nel fatto) che il minor prezzo conseguito nella vendita dal prodotto alla controllata trov[ava] contropartita...nella circostanza che, acquistando la controllante in blocco la produzione della controllata, dispensava questa dagli oneri e dai rischi della distribuzione sul mercato».

<sup>76</sup> Cass. 7 dicembre 2011, n. 26362 [se non inedita, indicare la rivista di pubblicazione]. Si rileva, però, che diverso è al riguardo l'orientamento di varie pronunce più risalenti, laddove esse ricollegano i vantaggi compensativi all'appartenenza al gruppo e quindi all'attività complessiva ad esso riconducibile. V. Trib. Milano, 19 marzo 1993.

corrispondente a quello oggetto delle intenzioni del legislatore della riforma. Si è già notato, infatti, che la disciplina adottata dal nostro legislatore si risolve nell'attribuzione al titolare dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo di una sorta di privilegio; e che detto privilegio costituisce sviluppo ed applicazione del principio della legittimità della direzione e coordinamento di società: nel senso che l'esercizio di tale attività incontrerebbe ostacoli consistenti, se non fosse prevista la possibilità di compensare i sacrifici scaturenti, a carico di una delle società del gruppo, da una determinata operazione con i vantaggi derivanti da altre operazioni previste all'interno della medesima strategia. Tuttavia, l'orientamento che va affermandosi in giurisprudenza pare condurre verso un risultato opposto a quello voluto dal legislatore nel sancire, implicitamente, ma pacificamente, la legittimità dell'eterodirezione. Pretendendo che il beneficio per la dominata danneggiata provenga causalmente dal medesimo atto pregiudizievole, si finisce per applicare alla capogruppo un regime del tutto identico a quello che interessa qualunque altro soggetto (ossia il divieto di arrecare danno ad altri temperato solo dall'istituto di applicazione generale della *compensatio lucri cum damno*), contrastando così le esigenze gestorie connaturate al gruppo. In pratica la teoria dei vantaggi compensativi, così come applicata in giurisprudenza, sembra risolversi nell'ordinario divieto per l'ente in posizione apicale di emanare direttive pregiudizievoli, così precludendo il perseguimento dell'obiettivo legislativo di delineare un regime di favore da applicare alla gestione dell'impresa di gruppo.

15. L'ambito penalistico è stato interessato dal recepimento normativo della teoria dei vantaggi compensativi prima del diritto civile, in relazione al reato di infedeltà patrimoniale. Sul punto è possibile esaminare una cospicua giurisprudenza anche di legittimità, che tuttavia, come si avrà modo di far emergere, non sempre fornisce indicazioni precise su come i vantaggi compensativi debbano essere concretamente intesi ed applicati.

a) Intanto occorre verificare se la giurisprudenza in materia di infedeltà patrimoniale degli amministratori accolga, nel valutare la sussistenza dei vantaggi compensativi, la concezione elastica di questi ultimi (attribuendo rilievo alla ragionevole probabilità di un bilanciamento tra vantaggio e pregiudizio) oppure quella che pretende una compensazione attuale, cioè storicamente realizzatasi. Il che consentirà anche di stabilire se la previsione dell'art. 2634, 3 co., c.c. recepisca una nozione di vantaggi compensativi analoga o differente da quella fissata dal legislatore all'art. 2497, 1 co, 2 periodo, c.c.<sup>77</sup>

Il punto centrale della questione consiste nell'interpretare l'espressione vantaggi «fondatamente prevedibili» contenuta nella norma in materia di infedeltà patrimoniale<sup>78</sup>. Ad essa la dottrina ha attribuito il significato di van-

<sup>77</sup> Sul punto le opinioni sono discordanti anche in dottrina. v. per tutti e senza pretesa di completezza, R. SACCHI, *op. cit.*, 673-674 (che asserisce la differente portata delle due previsioni); G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 541 nt. 38 (che, al contrario, afferma l'assimilabilità delle due norme).

<sup>78</sup> Si noti che, comunque, la giurisprudenza penale come quella civile concorda almeno sul fatto che di per sé l'appartenenza di una società ad un gruppo non è sufficiente

taggi probabili in base ad una valutazione prognostica, cioè la cui esistenza deve essere apprezzata dal giudice secondo il metodo della prognosi postuma<sup>79</sup>. Stante il recepimento di una valutazione *ex ante* dell'eventuale futuro bilanciamento fra vantaggio e pregiudizio, parte della dottrina ha, quindi, concluso per l'accoglimento di una concezione elastica dei vantaggi compensativi nell'art. 2634, 3 co., c.c., che perciò si differenzerebbe dalla concezione recepita nell'art. 2497, 1 co., c.c.<sup>80</sup> Se però si passa ad accertare come i giudici applicano la previsione penale, non sembra emergere alcuna marcata differenza fra la concezione dei vantaggi compensativi in essa recepita e la tesi che pretende il carattere certo del beneficio invocato a compensazione del pregiudizio. L'avverbio «fondatamente» esprime all'interno della fattispecie penale una connotazione ulteriore rispetto all'aggettivo «prevedibili»: in altri termini, non è sufficiente la mera prevedibilità del vantaggio per l'operare della scriminante. La giurisprudenza, nel determinare in concreto la portata di tale avverbio, gli attribuisce un significato che si avvicina molto al concetto di certezza. Nella prima sentenza successiva all'entrata in vigore dell'art. 2634, 3 co., c.c. si afferma, infatti, che non è sufficiente la mera speranza di vantaggi, ma è necessario che essi «siano... «prevedibili fondatamente» e, cioè, basati su elementi sicuri, pressoché certi, e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa; deve trattarsi quindi, di una previsione di sostanziale certezza»<sup>81</sup>. Volendo cercare di chiarire le espressioni non certo perspicue utilizzate dalla Suprema Corte<sup>82</sup>, pare possibile dire che quest'ultima interpreta l'espressione dell'art. 2634, 3 co., c.c. in senso marcatamente restrittivo<sup>83</sup>. Affinché si possa dire che la compensazione è prevista con sostanziale certezza sulla base di elementi sicuri paiono, allora, da considerare «fondatamente prevedibili» quei soli vantaggi oggetto di un obbligo, che la capogruppo abbia assunto in maniera diretta, contestualmente al fatto dannoso, ovvero indirettamente (per es. tramite promessa

a ritenere quest'ultima compensata degli eventuali pregiudizi arrecatele da singole operazioni «perché il collegamento tra le società e l'appartenenza a un gruppo imprenditoriale unitario è solo la premessa dalla quale muovere per individuare uno specifico e concreto vantaggio per la società che compie l'atto di disposizione del proprio patrimonio» (tra le molte Cass., 17 dicembre 2008, 1137, in Cass. pen., 2009, 11, 4417; Cass., 26 ottobre 2012, 48327, in *Diritto e Giustizia online*, 2012, 14 dicembre).

<sup>79</sup> F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 634; C. BENUSSI, *op. cit.*, 262 nt. 16.

<sup>80</sup> P. MONTALENTI, *Una tavola*, cit., 628; R. SACCHI, *op. cit.*, 683; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 43; se ben si è inteso anche G. SBISÀ, *op. cit.*, 61.

<sup>81</sup> Cass., 23 giugno 2003, 38110, in Cass. pen., 2005, 2, 457; Cass., 18 novembre 2004, 10688, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 16, 88. In particolare la prima sentenza fornisce una definizione dell'espressione normativa in esame.

<sup>82</sup> Si pensi al solo fatto che la Corte parla di elementi «sicuri» e subito di seguito aggiunge «pressoché certi». Sicuro è sinonimo di certo. Quindi ciò che è *pressoché* certo (ossia non del tutto certo, anche se altamente probabile), non può essere sicuro.

<sup>83</sup> Ad avviso di chi scrive c'è una differenza fra l'interpretare l'endiadi «fondatamente prevedibili» come fa la Cassazione e come fa invece la dottrina (F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 634) ove si sostiene che il «vantaggio sperato [deve] risultare razionalmente ipotizzabile secondo canoni predittivi riconducibili a regole (aziendali, economiche, finanziarie) applicabili nel contesto». Le valutazioni sulla base delle regole indicate non paiono implicare quella sicurezza, quella sostanziale certezza, cui allude la Cassazione.



del fatto del terzo, che potrebbe essere una diversa società del gruppo), nei confronti della società danneggiata; obbligo che non potrà non essere ancorato ad un determinato termine di scadenza. Ma una simile ricostruzione dei vantaggi compensativi risulta evidentemente avvicinarsi alla teoria ragionieristica<sup>84</sup>.

La giurisprudenza penale successiva a quella appena esaminata non fornisce, a sua volta, indicazioni univoche circa la nozione di vantaggi compensativi «fondatamente prevedibili». In una pronuncia molto articolata, la Cassazione<sup>85</sup> dapprima, affermando che «gli *ipotizzati* vantaggi indiretti per la fallita risulta[vano] idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta: in guisa da non renderla capace d'incidere (*perlomeno nella ragionevole previsione dell'agente*) sulle ragioni dei creditori della società» sembra accogliere una concezione elastica della teoria; ma successivamente, richiamando la precedente pronuncia della sezione civile della Corte (Cass. 16707/2004, già esaminata sopra), ove si conclude che «l'eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo *non può essere posta in termini meramente ipotetici*» (corsivi aggiunti)<sup>86</sup>, sembra contraddire, in merito alla effettività della compensazione, quanto precedentemente asserito. Più chiara, invece, nel riconoscere il rilievo anche del vantaggio valutato *ex ante* al momento del compimento dell'operazione dannosa è Cass., 8 novembre 2007, 7326, ove viene attribuita rilevanza ad una «prognosi...dell'operazione» infragruppo<sup>87</sup>.

b) Una marcata differenza fra la giurisprudenza di legittimità in materia penale e quella pronunciata sulla responsabilità civile nel gruppo si riscontra in merito al profilo del nesso che deve collegare il pregiudizio con il vantaggio che interviene a compensarlo. Si è detto sopra come la principale pronuncia in materia civile consideri «vantaggio compensativo ...quello causalmente legato, al pari del danno, al medesimo, specifico atto di gestione compiuto dall'amministratore, e non quello costituente l'effetto di una distinta serie causale». Al contrario, la giurisprudenza relativa al reato di infedeltà patrimoniale è chiara nel sostenere la possibilità che «l'eventuale pregiudizio economico che... sia direttamente derivato [da un'operazione] [abbia] trovato la sua contropartita in un *altro rapporto* e l'atto [si presenti] come preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia

<sup>84</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 541, nt. 38; ma la tesi è fatta propria anche dagli autori tedeschi in relazione al § 311, Abs. 2, *AktG*.

<sup>85</sup> Cass. 24 maggio 2006, 3674.

<sup>86</sup> Richiama Cass. 24 agosto 2004, 16707, cit. che si è sopra ritenuta recepire la concezione più stringente dei vantaggi compensativi anche Cass., 26 ottobre 2012, 48327, cit. Parla di «compensare efficacemente» anche Cass. 25 settembre 2008, 41293, in *Cass. pen.*, 2009, 10, 3983.

<sup>87</sup> Conf. App. Milano, 25 settembre 2008, in *Foro ambrosiano*, 2008, 3, 321; Cass., 4 dicembre 2007, 4410, in *Giur. comm.*, 2008, 4, II, 764 secondo la quale il giudizio prognostico «non può essere richiamato quando il trasferimento di beni avvenga da una società in stato di insolvenza ad una società in difficoltà economica. Invero in siffatte situazioni nessuna prognosi positiva, anche a volere ammettere la bontà della impostazione indicata, è possibile e, quindi, l'operazione di trasferimento di risorse non potrà che essere considerata distruttiva».



pure mediato e indiretto»<sup>88</sup>. La portata scriminante dei vantaggi compensativi rispetto alla responsabilità penale risulta, conseguentemente, molto più ampia rispetto alla loro efficacia esimente dalla responsabilità civile.

c) A differenza della giurisprudenza che applica i vantaggi compensativi in materia di responsabilità civile, infine, nella giurisprudenza penale è maturato un orientamento uniforme circa l'onere della prova della sussistenza del bilanciamento fra il danno arrecato (che è elemento costitutivo del reato in esame) e l'eventuale beneficio: esso è pacificamente addossato a colui che subisce l'imputazione per infedeltà patrimoniale<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> Cass., 26 ottobre 2012, 48327, cit.; Cass., 17 dicembre 2008, 1137, cit., entrambe richiamando (Cass. civ., sez. 1, 11 marzo 1996, n. 2001, cit.); Cass., 24 maggio 2006, 36764, cit., che afferma: la possibilità di «tener conto di valutazioni afferenti la conduzione del gruppo, giacché la conduzione di un'impresa non consiste di regola nel compimento di singole operazioni (e tantomeno in atti o negozi singolarmente considerabili) ma nella realizzazione di strategie spesso complesse, fatte di molteplici atti tra loro connessi. Di modo che il pregiudizio non può essere apprezzato per segmenti».

<sup>89</sup> Cass. 6 ottobre 2011, 48518, in *Cass. pen.*, 2012, 11, 3849; Cass., 24 maggio 2006, 3674, cit.

## *In questo numero*

### **Saggi**

- V. Ricciuto, *Le pratiche commerciali scorrette nella contrattazione a distanza*
- A. Argentati, *Commercio on line, nuovi diritti per i consumatori e ruolo dell'autorità amministrativa*
- G. Recinto, *Recenti questioni in tema di contratto preliminare: l'esecuzione anticipata*
- P. Rossi, *Trasformazione progressiva e limite annuale per la dichiarazione di fallimento in estensione: spunti per un'esatta individuazione del titolo di fallibilità del socio illimitatamente responsabile*

### **Casi e pareri**

- Trib. di Roma, 24 luglio 2013 n. 16432, *L'indennizzo dovuto all'amministratore e al liquidatore revocati senza giusta causa* di Gianni Mignone
- Trib. di Prato, sez. fallimentare, 21 luglio 2014, *L'opposizione dei creditori nella fusione concordataria* di Alberto Vadalà

### **Osservatorio**

- L. Benedetti, *I vantaggi compensativi nella giurisprudenza*
- G.M. Danusso, *Il contenzioso sui derivati dopo la sentenza della Corte d'appello penale di Milano*
- L. Ballerini, *Obblighi informativi e formalismo contrattuale nella novella del d.lgs. n. 206/2005*
- C. Ulessi, *Diritti dei consumatori e normativa antidiscriminatoria*

*www.edizioniesit.it*